

La Sociedad Anónima Europea: ¿un nuevo tipo societario? *The European Corporation: A new type of company?*

Ubi societas europaea, ibi jus mercatorum, ibi lex societatis.

Europa es, en efecto, enjambre: muchas abejas y un solo vuelo.

Ortega y Gasset*

Pedro Alfonso Labariega Villanueva**

RDP

RESUMEN

Durante más de cuarenta años se fue gestando en la hoy Unión Europea (UE) la Sociedad Anónima Europea o *Societas Europaea* (SE): un nuevo tipo societario que ha transformado el derecho de sociedades en dicha región y cuya regulación es un régimen mixto, nacional y comunitario que se articula en una compleja jerarquía de fuentes detallada en el artículo 9o. del Reglamento a la SE (RSE); de ahí que devenga un régimen fragmentado en dos normas distintas y de rango diferente, y fragmentario, porque no regula todos los aspectos de este tipo societario.

Así que la SE aparece como un tipo jurídico societario novedoso, de derecho comunitario, con el que se pretende facilitar los problemas prácticos que conlleva la realización de operaciones transfronterizas de agrupación y concentración empresarial en el ámbito territorial de la

* *La rebelión de las masas*, prólogo a la edición francesa II, *in fine*.

** Investigador por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas del UNAM; profesor de la misma y de otras universidades públicas y privadas del país.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

Unión Europea. Se configura, pues, como una opción más, de carácter voluntario, que se viene a agregar a las distintas formas jurídicas de empresas contempladas en las legislaciones de cada Estado miembro de la UE. En otras palabras, una marca comunitaria con diversos modelos de carácter nacional.

El tipo societario escogido para la SE, entre las sociedades de capital, es el de la Sociedad anónima. Sólo se admite la SE en forma de Sociedad Anónima, porque “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” (considerando 13 de la Exposición de Motivos del RSE).

Ahora bien, para que una SE pueda ser finalmente registrada debe de existir obligatoriamente alguna forma de implicación de los trabajadores en la misma.

Con base en este modelo, de reciente aparición, se ha ido tejiendo una nueva doctrina societaria, cuya normatividad más flexible se ve completada por las directivas que expide la UE relativas a dicha materia y por la propia legislación nacional que reglamenta la Sociedad Anónima. Este ensayo pretende tener un carácter introductorio, con el fin de presentar algunas consideraciones que despierten, en el lector, interés por conocer este nuevo fenómeno, ya que una de sus peculiaridades consiste en estar regido por dos imprescindibles disposiciones: un Reglamento que deviene el Estatuto de la SE y una directiva relativa a la implicación de los trabajadores en la gestión de la mencionada entidad. En tal virtud, el autor aborda varios aspectos, entre otros: el concepto de la SE, una breve trayectoria histórica, las reglas que la gobiernan, los elementos que la configuran, las características que la definen, su naturaleza jurídica, las formas de su constitución, su estructura orgánica, los sistemas de administración que la rigen, la participación de los trabajadores en la SE.

PALABRAS CLAVE: derecho comunitario de sociedades, derecho mercantil internacional, derecho de sociedades, derecho societario europeo, directivas europeas, implicación de los trabajadores, nuevo tipo societario, sociedad anónima europea, *Societas Europaea*, sociedades mercantiles, sociedades por acciones.

ABSTRACT

For over forty years, in the European Union (EU), the European Corporation or *Societas Europaea* (SE) has developed: a new type of company that has transformed corporation law of the region and whose regulation is a combination of national and communal regime, articulated in

a complex hierarchy of rules specified in article 9 of the Regulations to the SE (RSE), hence the fragmented system of two different sets of rules and its haphazard corporate governance

The SE appears as a new corporate form of communal law, which aims to address the practical problems involved in carrying out cross-border transactions and concentration of business in the European Union territory. The new corporate form is a voluntary option, in addition to the various legal forms foreseen in the legislation of each EU Member State. In other words, it is a communal form with different models of national nature.

The corporate form chosen for the SE among different types of business associations, is the corporation (sociedad anónima). SE is admitted only as a corporation, because "it is the best suited system, both in financial and corporate governance aspects at an European level" (Recital 13 of the Explanatory Preamble to the RSE).

For an SE to be duly filed there shall necessarily exist some form of employee involvement in its capital structure.

Based on this recently introduced model, a new corporate doctrine has been emerging, whose flexible regulations are supplemented with the Directives issued by the EU regarding this matter and by the national legislation that regulates the Corporation.

This essay aims to introduce the reader an interest in learning about this new legal form and development, since one of its peculiarities is to be governed by two sets of rules: regulations that derive from the Statute of the SE and a Directive on employee involvement in the management of the referred entity. As such, the author addresses several issues including: the concept of the SE, a brief historical background, the rules that govern it, its defining characteristics, its legal nature, its corporate governance structure and employee participation in the SE.***

KEY WORDS: European Community law, international trade law, company law, European company law, European directives, employee involvement, new type of company, European Company, *Societas Europaea*, corporations, joint stock companies.

Sumario

1. Introducción
2. Trayectoria histórica de la Sociedad Anónima Europea
 - A. La propuesta de 1970
 - B. La propuesta de 1975

*** Traducción realizada por la licenciada Ximena Armengol Silenzi. SOLCARGO, <http://www.solcargo.com.mx>.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

- C. El nuevo enfoque en la propuesta de 1989
 - D. La propuesta de 1991
 - E. La última etapa
3. Las competencias de la Unión Europea para elaborar derecho de sociedades
4. La idea del mercado interior para los fundadores de la Comunidad Europea y el proyecto de armonización legislativa del derecho de sociedades
5. Normativa que rige la *Societas Europaea*
- A. Clasificación de la normativa relativa a la SE
 - B. Las fuentes según el artículo 9o. del RSE
6. Concepto de la *Societas Europaea*
7. Elementos que configuran a la *Societas Europaea*
- A. Su naturaleza de sociedad anónima
 - B. El carácter facultativo de este tipo societario
 - C. El rigor normativo dimanante de la tutela de acciones y terceros
 - D. El acceso al tipo social limitado
 - E. Denominación
 - F. Nacionalidad
8. La Constitución de la SE
- A. El principio de acceso limitado al tipo social
 - B. Las formas de constitución de una SE
9. La estructura orgánica de la SE
10. Participación de los trabajadores en la vida de la SE
11. Hacia un modelo único de *Societas Europaea*

1. Introducción

El capitalismo es un orden económico y social espontáneo que nació en el siglo XI al abrigo de las nuevas monarquías feudales europeas. No lo parió intelectual alguno ni lo impuso un emperador. En eso se diferencia del socialismo, no es un sistema infligido a otros. Los mercaderes y agricultores del medievo fueron los que, sustentados en el derecho romano de propiedad y su protección jurídica, comenzaron un modo de actividad que ha generado los más altos niveles de libertad y bienestar.¹

¹ “Cuba y la globalización”, *Revista Hispano Cubana HC*, Madrid, núm. 12, enero-abril de 2002, p. 5.

Conviene tener presente que las sociedades mercantiles —configuración jurídica de las empresas— son un producto elaborado y un ícono significativo de dicho capitalismo.

Ahora bien, la *Societas Europaea* (en adelante SE)² es una empresa de capitales que presenta interesantes caracteres de autonomía de los distintos sistemas jurídicos de los países integrantes de la Unión Europea, con su propio estatus muy particular y las metas específicas que la hacen idónea para afrontar mejor los retos que revela el actual entorno económico europeo y global.

Además, la Sociedad Anónima Europea (SE), trata de promover la realización de actividades económicas de dimensión comunitaria³ mediante la cooperación y reestructuración de empresas de distintos Estados miembros. Este nuevo tipo social se singulariza por tener un régimen jurídico heterogéneo, compartido en lo esencial por todos los miembros de la UE, pero con elementos diferenciadores en función del lugar del domicilio social. La Sociedad Anónima Europea brinda a las sociedades que actúan en varios Estados miembros el privilegio de estar establecidas como una sola sociedad a efectos de la legislación de la UE y de ser capaces de operar en la misma de acuerdo con un sistema de administración y declaración unificado. Para las sociedades

² “La divina sorpresa de Niza” como la denominó el señor Menjuq, “La circulation internationale des sociétés”, *Bulletin Joly Sociétés*, marzo de 2001, p. 233. Aunque se trata de una Sociedad Anónima Europea en el texto legal se utilizan las siglas “SE” (*Societas Europaea*), que son las que deben figurar en su denominación social, conforme al artículo 11.1 del Reglamento a la Sociedad Europea.

³ De acuerdo con el artículo 1o., apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 1310/97 del Consejo, que modifica al Reglamento (CEE) núm. 4064/189 procedente del mismo órgano, las operaciones de concentración son de *dimensión europea* cuando:

2. a) “el volumen de negocios total, a nivel mundial, del conjunto de las empresas afectadas supere los 2500 millones de euros”;
- b) “el volumen de negocios total del conjunto de las empresas afectadas en cada uno de al menos tres Estados miembros supere los 100 millones de euros”;
- c) “al menos en los tres Estados miembros incluidos a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 25 millones de euros”;
- y
- d) “el volumen de negocios totalmente realizado individualmente, en la comunidad, por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice en un mismo Estado miembro más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la comunidad”.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

que se desenvuelven en diferentes Estados miembros, la SE posibilita reducir sus costos administrativos con una estructura legal ajustada a los reglamentos comunitarios. Amén de que la responsabilidad de los accionistas está limitada, al capital suscrito.

Este tipo social, según ha sido concebido por el legislador comunitario, se adapta más eficazmente a la estructura de grandes sociedades, aunque no existe impedimento alguno para que sea empleado en proyectos de dimensión más reducida. Lo que no se ha logrado, sin embargo, es la promulgación de una normativa sustantiva completa de carácter comunitario. La unidad de regulación que inicialmente se pretendía ha sido sustituida por una solución menos ambiciosa, basada en una compleja relación jerárquica, ya que, junto a la normativa supranacional, resulta de aplicación la normativa reguladora de las sociedades anónimas en el derecho interno.

La creación de la SE ha implicado un cambio cualitativo en la *libertad de establecimiento* de las personas jurídicas al permitir el libre acceso a esta figura de sociedades nacionales y posibilitando que, una vez constituida, pueda transferir su domicilio a otro Estado miembro.⁴

La SE es una figura jurídica que surge en el ámbito comunitario, deviene un híbrido normativo comunitario-nacional. Se trata de un nuevo tipo social en un escenario complejo.⁵

⁴ Sostienen este punto de vista 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”, *Rev. de Dcho. Merc.*, España, núm. 19, 2002, p. 17.

⁵ Este carácter híbrido es destacado por Esteban Velasco, G., “El compromiso de Niza”, *Rev. de Dcho. de Sociedades*, España, núm. 16, 2001-1, pp. 145 y 146. Almagro Espunyes, I. (“El domicilio social en el derecho comunitario: la *Societas Europaea* a la luz de la sentencia *Überseering*”, *UNED, Boletín de la Facultad de Derecho*, Cataluña, núm. 25, 2004, p. 282) no está de acuerdo con lo que se afirma en el primer considerando del RSE, que justifica la aprobación de la SE como mecanismo para que estas empresas “puedan concebir y llevar a cabo sus actividades a escala comunitaria”. Tampoco con el considerando 7 que establece que “las disposiciones de un Reglamento de este tipo permitirán la creación y la gestión de sociedades de dimensión europea”, ya que desde un punto de vista general “podemos afirmar que el hecho de ligar tan estrechamente la Se con un solo Estado miembro supone, hasta cierto punto, romper con las referidas «escala comunitaria» y «dimensión europea»”.

El Reglamento de la Sociedad Europea (RSE) (2157-01-CE del 9 de octubre de 2001), en vigor desde el 10 de noviembre de 2001, pero aplicable a partir del 8 de octubre de 2004 (según artículo 70, RSE (DOCE L 294), es una norma de derecho uniforme, y por tanto de aplicación directa en los Estados miembros, que no sustituye, lógicamente, las legislaciones nacionales sino que incorpora la nueva figura (SE) al catálogo de tipos legales de sociedades anónimas ya existentes en cada Estado. El Estatuto presenta la novedad de declarar aplicables a la SE —en los ámbitos en los que su funcionamiento no exija reglas comunitarias uniformes— las normas de los Estados en los que se hayan incorporado las directivas sobre sociedades, apropiadas —en opinión del Consejo— para regular la SE y aprovechar así la aproximación de las legislaciones sobre sociedades (considerando 3, *in fine* y 4 del RSE), reservándose la Unión Europea la posibilidad de dictar medidas específicas para la *Societas Europaea*, en cuya aplicación los Estados deberán adoptar disposiciones supletorias del Reglamento. En cualquier caso, las leyes de sociedades anónimas nacionales resultarán integradoras o supletorias de la norma comunitaria, siendo el criterio del *domicilio* de la SE el determinante de la ley aplicable.

Como puede comprobarse, el régimen jurídico contenido en el RSE no agota el aplicable a esta figura, siendo diversas las normas (legales y estatutarias) que están llamadas a colmar la regulación de cada particular SE; diversidad que ha sido objeto de ordenación jerárquica por el artículo 9o. RSE.

Ahora bien, el Estatuto de la Sociedad Europea (ESE) obedece desde sus inicios a la comprobación de la existencia de una carencia objetiva que permanece hoy en día: la de la ausencia de instrumentos jurídicos adecuados que admitan e incluso que alienten la cooperación entre empresas de distintos Estados pertenecientes a la UE. Dicha colaboración es cada día más imperiosa frente a la reestructuración de empresas y/o grupos empresariales incrustados en sectores cuya competitividad depende particularmente de la concentración de capitales (banca, seguros, empresas de tecnología avanzada, etcétera).⁶

⁶ Uriarte Torrealday, R., "La sociedad europea, un proyecto comunitario de democratización industrial", *Revista Vasca de administración pública*, Oñati, núm. 26, enero-abril de 1990, p. 226.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

Conviene recordar que esencialmente hay tres medios capaces de estructurar dicha cooperación: las participaciones en el capital, las empresas conjuntas (*joint ventures*) y las fusiones. El cúmulo de dificultades fiscales, administrativas y de gestión que se desprenden de las distintas legislaciones societarias de los Estados integrantes de la UE frente a la fusión internacional implica la exigua operatividad de dicho instrumento, obligando a las empresas a recurrir como tabla de salvación a la oferta pública de adquisición.⁷

Con el fin de colmar dicho laguna, la Comisión ha implementado un conjunto de ordenamientos, entre los cuales, además del propio ESE, establece también la armonización del derecho societario en materia de fusión (Reglamento núm. 2317/85 del Consejo CE del 25 de julio de 1985, DOCE núm. L-199 del 31 de julio de 1985), la Agrupación Europea de Interés Económico (aprobada por Reglamento CEE 2137/85 del 25 de julio de 1985), alternativa prevista desde el principio para la colaboración internacional entre pequeñas y medianas empresas pero que, hoy en día, también está utilizándose por grupos de mayor tamaño⁸ y la Cooperativa Europea (Reglamento del CE 1435/2003 del 22 de julio; Directiva del Consejo 2003/72/CE de 22 de julio de 2003). Amén de las propuestas de fusión internacional de sociedades (10a. Directiva) y de traslado transfronterizo de sede social (14a. Directiva), aún pendientes.

Este Estatuto complejo que regula la *Societas Europaea* aparece compuesto por un Reglamento y por una Directiva que lo completa,⁹

⁷ *Loc. cit.*

⁸ *Ibidem*, p. 227.

⁹ El profesor Arrigo es muy expresivo al momento de describir la complejidad de la normativa comunitaria sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: "La primera sensación que se siente es de extravío, como al pasar por un viejo nudo ferroviario: de la vía que recorre nuestro tren parece nacer otra, que genera a su vez nuevas, las cuales, durante un tiempo parecen crear otras que engendran nuevas, pareciendo que por un tiempo corren paralelas, luego por un rato se cruzan y se separan más veces, terminando en remotas terminales". *Cfr.* Arrigo, G., "La implicación de los trabajadores en la SE". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario*, Madrid, núm. 52, 2004, pp. 13 y 14. El reglamento comunitario es de aplicación directa en el derecho nacional de los países miembros de la UE. Por lo que respecta a la directiva, ella necesita una transposición al derecho interno.

teniendo ambos como fundamento jurídico unitario el artículo 308 del Tratado de la Unión Europea. De este modo, la creación de esta nueva persona jurídica de Derecho Comunitario que es la SE ha sido realizada mediante dos instrumentos jurídicos de distinta naturaleza, a través de los cuales se pretende facilitar la integración de la Sociedad Europea en los diferentes Estados miembros, respetando la especificidad de las cuestiones sociales propias de cada país.¹⁰

2. Trayectoria histórica de la Sociedad Anónima Europea¹¹

Para una mejor explicación de la realidad actual, resulta conveniente y recomendable conocer los orígenes, sobre todo cuando la gestación ha sido lenta y plagada de azarosos avatares, luego de reiterados fracasos y debates estériles. Así que antes de presentar un panorama sobre el régimen jurídico de la SE, nos parece oportuno describir, aunque sea escuetamente, la evolución histórica de la nueva organización europea.

La descrecencia lenta pero sucesiva de las diferencias jurídicas existentes, como consecuencia de la adopción de las correspondientes Directivas de armonización y coordinación de las legislaciones nacionales en materia de derecho societario, adoptadas conforme al artículo 44.2, inciso g) (antiguo 54.3.g) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea —TCE—) y, sobre todo, la exigencia cada vez más apremiante de adecuar en el ámbito de la Comunidad Europea las estructuras societarias a las nuevas dimensiones del mercado, resultantes de la realización del mercado interior en un contexto cada vez más globalizado, han impuesto por fin la exigencia de “hacer corresponder al máximo posible la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad” (sexto considerando del RSE 2157-2001), y es dentro de esa indispensable correspondencia donde se ubica la actual Sociedad Anónima Europea, fruto de un prolongado proceso de gestación histórica, y pensada como un tipo societario capaz de hacer frente de manera más eficaz a

¹⁰ Insa Ponce de León, F. L., *La implicación de los trabajadores en la Societas Europaea*, tesis doctoral, España, Universidad de Valencia, 2009, p. 281.

¹¹ Al desarrollar este apartado sólo resaltaremos los momentos más significativos, ya que en esta oportunidad no disponemos de espacio para expresar los detalles.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

tales retos.¹² Después de más de cuatro décadas de vicisitudes alternas, de dilatadas negociaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea (UE), finalmente, en 2001 se creó la Sociedad Anónima Europea, conocida también como *Societas Europaea* (artículo 1.1, RSE).

La doctrina¹³ divide en cinco etapas los más de cuarenta años recorridos para llegar al surgimiento de la SE: 1) los orígenes del ESE y la primera propuesta de la Comisión, de 1970; 2) la segunda propuesta de la Comisión, de 1975: la persistencia en el proyecto de un Estatuto exhaustivo y autónomo, y el fracaso consiguiente; 3) la reorientación del modelo de Estatuto de la Sociedad Europea: la tercera propuesta de la Comisión, de 1989; 4) la cuarta propuesta de la Comisión, de 1991, y el segundo bloqueo del proyecto de Estatuto, con motivo del régimen de participación de los trabajadores en la Sociedad; 5) la fase final y la aprobación en 2001 del Estatuto de la Sociedad Europea: la opción por un régimen multiforme de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, el principio “antes-después” y la prescindibilidad de las “disposiciones de referencia” en los casos de fusión.

Efectivamente, la idea de organizar una sociedad mercantil de Derecho comunitario es tan antigua como la Comunidad Europea misma. El proyecto se refirió a la sociedad anónima, por estimar que es la más universal de las sociedades comerciales y porque, además, con más o

¹² Insa Ponce de León, *op. cit.*, p. 161. “Es una exigencia del acceso al mercado interior y de su desenvolvimiento que se cree un entorno favorable al desarrollo y cooperación económica internacional entre las empresas de distintos Estados miembros. Bajo esta premisa la Unión Europea ha dirigido sus mayores esfuerzos hacia aquellas medidas que pueden facilitar la libertad de movimiento y posibilidades de organización de las empresas en el mercado interior, considerando al mismo tiempo las nuevas exigencias de una economía globalizada. Manifestaciones de esa proyección de la política comunitaria justificada por el “déficit de regulación” de las legislaciones nacionales son la Agrupación Europea de Interés Económico —aprobada por Reglamento CEE 2137/85 del 25 de julio de 1985—, la Propuesta de Reglamento de la Sociedad Europea (por fin aprobada), y las Propuestas de fusión internacional de sociedades (la 10a.) y de traslado transfronterizo de sede social (la 14a.), aún pendientes, pero en fase de relanzamiento”; véase Esteban Velasco, “La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 8, II/2003, p. 215.

¹³ Martínez-Echevarría, A. y García de Dueñas, “La Sociedad Europea; un régimen fragmentario con intención armonizadora”, *Documento de Trabajo*, Madrid, núm. 2, 2004, p. 16.

menos disimilitudes, se halla reglamentada en todos los países miembros. El surgimiento de la idea de una *Societas Europaea* se remonta a 1897, en el momento en que el jurista italiano Fedozzi formuló el concepto de una sociedad con capacidad y personalidad jurídica internacional. Un estatuto internacional de la SE facilitaría según él, la formación de grandes empresas propias para asegurar el desarrollo acelerado de la industria.¹⁴ Pues bien, el 16 de diciembre de 1949, el Consejo de Europa recibe un primer proyecto (DOC.AS/EC (49) 26) y (DOC.AS/EC (4) 1) tendiente a promover la integración económica de Europa a través de la europeización de todas las empresas. Dicha proposición se estimó no viable.¹⁵ Más tarde, se presentó, una segunda propuesta, menos pretenciosa, de elaborar un Estatuto único aplicable a “un reducido grupo de empresas europeas encargadas de producir bienes y servicios de interés general [la explotación de servicios públicos]”¹⁶ (Documento de la Asamblea Consultiva de 24 de diciembre de 1952 y DOC. AS/EC (5) 12), proyecto que no fue aceptado por considerar que la existencia de dicho ordenamiento, podría asignar en el mercado europeo una posición privilegiada a tales empresas, perjudicando a las sociedades mercantiles nacionales de cada uno de los países miembros.¹⁷ Años después, el 22 de octubre de 1959, el profesor Pieter

¹⁴ Fedozzi, *Gli enti collectivi nel diritto internazionale private*, Verona-Padua, 1897. Algunos han expresado que su origen es anterior a la creación de las Comunidades Europeas, en el seno del Consejo de Europa en 1945. Véase, además, Konstantinidis E. V., “The underlying Principles of the European Company and their Impact on Greek Law”, *Hellenic Review of International Relations*, Grecia, vol. 5 y 6, 1986.

¹⁵ Cerexhe, E., “La sociedad europea”, *Derecho de la integración*, Argentina, núm. 9, octubre de 1971, p. 91.

¹⁶ Véase Synvet, “Enfin la Société Européenne”, *Revue trimestrielle de droit européen*, Droit Social, junio de 1990, p. 254. En efecto, desde 1949, dentro del Consejo de Europa se consideró un Estatuto para las sociedades europeas, con la esperanza de contribuir a la consolidación de los factores de la producción, a la reconstrucción económica de un continente que no se había retirado totalmente de la guerra; Lenoir, N., “L’avenir de la «Societas Europaea»”, *Journal de Droit Europeen*, Francia, febrero de 2008, p. 33.

¹⁷ “Este estatuto suponía que en cada ocasión existiría una convención especial entre los Estados interesados, la cual debía precisar el objeto de la sociedad y las reglas relativas a su funcionamiento, subsidiariamente se aplicaría una legislación nacional”; Cerexhe, *loc. cit.* Solamente después de las guerras, en 1949 y luego en 1952, se presentó, un proyecto de *societas* europea, ante el Consejo Europeo, pero nunca fue

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

Sanders planteó en un discurso inaugural pronunciado en el Instituto Superior de Ciencias Económicas de la Universidad de Róterdam, elaborar un régimen jurídico propio para la SE.¹⁸ Luego, el LVII Congreso Internacional de Notarios de Francia, celebrado en Tours, en 1959 lanzó la idea públicamente, después de haber oído el informe del notario Thibièrge¹⁹ en donde se refería a la *Société par action de type européen* y en el que expresaba su deseo de adoptar una ley comunitaria que incluyera el ESE. Años después, en marzo de 1965, el gobierno francés entregó una nota a la Comisión de las Comunidades Europeas en la que promovía la creación, mediante seis leyes idénticas, de un tipo uniforme sociedad mercantil europea, A esa nota replicó la Comisión en un Memorando del 22 de abril de 1965, en donde luego de examinar la propuesta francesa, reconoce que contiene un evidente progreso respecto al contenido de los diversos preceptos del Tratado de Roma,

adoptado; Bouloukos, M., *La société euroéenne*, France, Lab. de Droit des affaires, Centre du Droit de l'Entreprise, Université de Strasbourg, 2003, p. 5.

¹⁸ Véase Sanders, P., "Vers une société anonyme européenne?", *Riv. Soc.*, 1959, pp. 1163-1176. Esta revista italiana contiene el texto en francés del discurso pronunciado en el referido instituto. En esta versión se expresaba así el profesor Sanders: "Etant donné la diversité des législations nationales peut-on envisager la possibilité de créer, aux côtés de ces législations internes, une Société anonyme de type européen reconnue valable dans tous les Etats-Membres, de telle sorte que le choix serait offert, dans certains cas, entre la constitution d'une société anonyme européenne au lieu et place de sociétés de droit français, allemand ou néerlandais" (*op. cit.*, p. 1164) (Dada la diversidad de las legislaciones nacionales, cabe la posibilidad de considerar, junto a estas legislaciones internas, una *Sociedad anónima de tipo europeo reconocida como válida en todos los Estados miembros*, por lo que su elección sería una opción en determinados casos, entre la creación de una compañía europea o el surgimiento de las sociedades de derecho francés, alemán u holandés). La traducción y las cursivas nos incumben. Dicha disertación se publicó en francés en *Le droit européen*, núm. 9, 1960, pp. 9 y ss., en alemán, véase *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters*, 1, 1960, pp. 1 y ss., en danés e inglés véanse estas últimas versiones, recogidas junto con la francesa, la alemana y la italiana, en Sanders, P., *European Stock Corporation; text of draft statute with commentary*, Chicago-Illinois, 1969. En holandés en Naar een Europese N. V.? "Tjeenk Willink", Zwolle, 1959. Un comentario del mismo puede encontrarse en Thomson, D., *The Project for a Commercial Company of European Type* (1961).

¹⁹ Thibièrge, "Le Statut des sociétés étrangères", *Le statut d'étranger et le Marché Commun*, Tours, 1959. Publicado con ocasión del 57^{ème} Congrès des notaires de France tenu a Tours, París, 1959; además, véase Edwards, V., 6 "The European company -essential tool or eviscerated dream?", *Common Market Law Review*, 2003, núm. 40, p. 443.

pero destaca que las seis leyes nacionales sugeridas no solucionarían los principales problemas planteados, y además, al reservarse los tribunales nacionales de cada país, la interpretación de esas leyes, existía un peligro patente de desavenencia.²⁰

A. La propuesta de 1970

La Comisión presentó su primer proyecto de Reglamento “sobre el Estatuto de las sociedades anónimas europeas”, teniendo como base gran parte del *Informe Sanders*. El texto del Reglamento que contenía el Estatuto para la Sociedad Anónima Europea del 9 de junio de 1970, constaba de 284 artículos y regulaba íntegramente casi todos los elementos del tipo social, con la idea de contar con un cuerpo jurídico uniforme, de carácter europeo, independientemente de los derechos nacionales. El documento [COM (1970) 600, DO C 124, 10-10-1970] incluía, entre otros aspectos, la creación de un Registro Europeo de Comercio, donde habrían de inscribirse las SEs. El Consejo tenía que aprobar el texto por unanimidad, cosa que no ocurrió.²¹

B. La propuesta de 1975²²

En ese año la Comisión transmitió al Consejo una versión *modificada* del proyecto de 1970. El nuevo documento (COM/1975/159/FINAL) no

²⁰ Paniagua Gil, J., “La cooperativa europea en el marco del derecho comunitario”, *REVESCO*, España, núm. 26, 1972, p. 25. Hay que tener presente que Francia desempeñó un papel activo en la reactivación del proyecto de la SE, ya sea mediante iniciativas privadas como gubernamentales (instando a la Comisión a formar un grupo de expertos encargados de elaborar un anteproyecto de Estatuto de la SE). En fin, es bajo los auspicios de la presidencia francesa del Consejo europeo verificado en Niza, en diciembre de 2000, que se llegó a un acuerdo político para crear la SE; Lenoir, N., “L’avenir de la «Societas Europaea», *Journal de droit européen*, febrero de 2008. p. 33, nota 5.

²¹ Ansón Peironcely, R. y Carmen Gutiérrez D., *La sociedad anónima europea*, España, Bosch, 2004, p. 26. Esteban Velasco, “La sociedad...”, *op. cit.*, p. 218. Sobre esta primera proposición puede verse *Bulletin des Communautés Européennes*, Supplément 8, 1970. El texto actual del Estatuto de la SE consta de 70 artículos. DO C 124, 10 de octubre de 1970.

²² Para mayor información véase el *Bulletin des Communautés*, Supplément 4/75.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

contenía importantes mejoras e incorporó algunas reformas contenidas en los Dictámenes del Comité Económico y Social de 1972²³ y del Parlamento Europeo de 1974.²⁴ Dicha propuesta tampoco prosperó.

C. El nuevo enfoque en la propuesta de 1989²⁵

Un nuevo acicate recibe esta materia en 1985 con la publicación del *Libro Blanco de la Comisión sobre la finalización del mercado interior*,²⁶ al incluirla en el objetivo de la realización de éste. En el punto 137 sobre la cooperación industrial considera que “la realización del mercado interior necesita de estructuras específicas para las empresas”, puntualizando que “las estructuras deben 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 es la Sociedad anónima europea, fundada en un Derecho europeo”. Posteriormente, en el *Memorandum* de la Comisión al Parlamento, al Consejo y a los interlocutores sociales, *sobre Mercado interior y cooperación industrial, Estatuto de la Sociedad Anónima Europea*, de 1988,²⁷ se bosqueja una propuesta actualizada y aligerada en su contenido (de acuerdo con las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 29 y 30 de junio de 1987, que exhortaba a las instituciones europeas a hacer “rápidos progresos en lo relativo a las adaptaciones del Derecho de sociedades que permitiera la creación de una sociedad de Derecho europeo”. Con base en tales antecedentes surge la Tercera Propuesta, en la que la Comisión revela el 25 de agosto de 1989 dos iniciativas: Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Europea y Propuesta de Directi-

²³ *Diario Oficial de las Comunidades*, serie C (DO C) 131, del 13 de diciembre de 1972.

²⁴ DO C 93, del 7 de agosto de 1974. Un examen de las dos primeras propuestas con bastante información bibliográfica puede verse en Girón Tena (dir.), *Estudios y textos de derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1978.

²⁵ COM/1989/268/FINAL. Véase Suplemento 5/89, *Boletín de las Comunidades Europeas*. Sobre el tema, véase Velasco, “La sociedad europea...”, *op. cit.*, p. 220.

²⁶ Doc. COM (85) 310 final, del 14 de junio de 1985.

²⁷ Doc. COM (88) 320 final, del 18 de julio de 1988.

va del Consejo por la que se completa el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores.²⁸

D. *La propuesta de 1991*

Dos años después nace la Cuarta Propuesta, cuando la Comisión, de la mano de Martin Bangerman, anunció nuevas sugerencias modificatorias de ambos documentos. Se trataba del Reglamento de 6 de abril de 1991 y de la Directiva de 16 de mayo de 1991,²⁹ respetando el compromiso parcial sobre las mejoras introducidas por el Parlamento en primera lectura.³⁰ Las enmiendas más características propuestas por el Parlamento se referían a la posibilidad de que una sociedad anónima nacional pudiera transformarse en SE, siempre que tuviera filiales en otro Estado miembro, y con la exigencia de elegir un modelo de participación de los trabajadores entre los tres propuestos como requisito necesario para obtener el registro de la SE. No obstante, el acuerdo definitivo no surgió, estancado por las posiciones divergentes relativas a la participación de los trabajadores.

E. *La última etapa*

En junio de 1995, el Grupo de Consulta de Competencia (“Competitiveness Advisory Group”) para la Cumbre Europea de Cannes, liderado por Carlo Ciampi, presentó el *Informe Ciampi*, en el que se manifestó que el mundo empresarial tenía un gran interés en la SE, sin embargo, el asunto de los trabajadores fue el escollo que no permitió su apro-

²⁸ Véase Doc. COM (89) 268 final SYN 218 y SYN 219 del 25 de agosto de 1989; DOCE, C 263 del 16 de octubre de 1989.

²⁹ COM (91) 174 final SYN 218 y SYN 219; DOCE C 176 del 8 de julio de 1991 y DOCE C 138 del 29 de mayo de 1991; un amplio examen de ambas propuestas en la doctrina española puede consultarse en Quijano González, “La sociedad anónima europea”, *Libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, vol. IV, 2002 pp. 4285 y ss. La cuarta propuesta fue presentada por la Comisión tras la publicación de los dictámenes sobre la SE del Comité Económico y Social (DOCE C 124, del 21 de mayo de 1990) y del Parlamento Europeo (DOCE C 48, del 25 de febrero de 1991).

³⁰ DOCE C 342 del 20 de diciembre de 1993.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

bación.³¹ Dos años después, en mayo de 1997, aparece un Informe sobre “Sistemas europeos de implicación de los trabajadores”, mejor conocido como el *Informe Davignon*,³² confeccionado por un Grupo de Expertos de Alto Nivel encabezado por Etienne Davignon

“El último impulso decisivo que permitió que la SE viese la luz provino del Plan de Acción en materia de Servicios Financieros, de la Comisión de las Comunidades Europeas —en adelante, PASF—, fue un programa con el que se pretendía que en 2005 existiera un espacio financiero único en la Unión Europea”.³³

El PASF contiene cuarenta y siete medidas específicas.³⁴ Pero, además, también se ocupa de cuestiones pendientes en el ámbito de la

³¹ En el “Primer Informe al Presidente de la Comisión, los Primeros Ministros y los Jefes de Estado” —“Informe Ciampi”— emitido en junio de 1995 por el primer Grupo de Consulta sobre Competencia (1995-1996), con carácter previo, por tanto, a la promulgación de las normas de régimen de la SE, se afirmaba que un 24,75% de las sociedades constituidas en el territorio comunitario estarían interesadas en constituir una SE; véase Blanquet, F., “Enfin la société européenne «la SE»”, *Rev. Droit de l'UE*, núm. 1, 2001, pp. 74 y 81; García Riestra, M., “La sociedad anónima europea”, *Documentos de Trabajo*, Madrid, núm. 4, 2002, p. 13; Morgan de Rivery, E. y Stockford, C., “La Société Européenne/ The European Company”, 6 *Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal*, núm. 711, 2001, p. 714; Storck, J. P., “Présentation de la Société Européenne: aspects de Droit Commercial”, *Petites affiches*, núm. 76, 16 de abril de 2002, pp. 4 y 5.

³² *Final report of the Group of Experts “European Systems of Worker Involvement” (with regard to the European Company Statute and the other pending proposals)*, Luxemburgo, mayo de 1997, en www.itcilo.org/english/actrav/telearn/global/ilo/seura/euinve.htm.

³³ Comunicación de la Comisión, COM (1999) 232 final, 11 de mayo de 1999, Aplicación del marco para los mercados financieros: Plan de acción. El PASF se elabora como consecuencia de una de las Conclusiones del Consejo Europeo de Viena de 1998 —véase Punto 51, Conclusiones de la Presidencia Consejo Europeo de Viena (11 y 12 de diciembre de 1998)— que considera oportuno recoger en un programa de trabajo concreto y urgente el consenso existente entre los Estados miembros en materia de unificación de los mercados financieros. Ese consenso ya se había reflejado en la Comunicación de la Comisión, COM (1998) 625 final, 28 de octubre de 1998, Servicios financieros: establecimiento de un marco de actuación, fruto del Consejo Europeo de Cardiff de 1998 —véase Punto 17, Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Cardiff (15 y 16 de junio de 1998)—, pero era preciso un grado mayor de ejecutividad, que permitiera llevar ese marco de actuación a la práctica.

³⁴ Cuarenta y dos medidas originarias, a las que posteriormente se añadieron cinco más —véase Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2002) 267 final, 3 de junio de 2002, Sexto informe provisional sobre el Plan de acción en materia

Unión Europea, que el PASF considera de importancia inmediata y significativa para el funcionamiento de los mercados financieros de la Unión y que “han sido víctimas de un bloqueo político prolongado”.³⁵ A este respecto, el PASF se refiere a cuatro iniciativas legislativas, una de las cuales es el “Estatuto de la Sociedad Europea”.³⁶

“Entre las medidas específicas del PASF, alguna de ellas hace también referencia explícita a la SE,³⁷ y otras al derecho de sociedades, que afecta a la SE, con carácter supletorio, en todos los aspectos no regulados por sus dos normas específicas de régimen”.³⁸

El Consejo de Niza. La SE tenía que ser, como lo anunció la comisión en 1988, el desenlace de un compromiso político. Niza propició el clima conveniente para alcanzar objetivo, con todos los ojos de la opinión pública pendientes del Consejo Europeo y controvirtiendo la capacidad de los Estados miembros para arribar a acuerdos dentro de la UE.

Finalmente, en la Cumbre del Consejo de Europa celebrada en Niza, en diciembre de 2000 es cuando se llegó a un acuerdo en sede de Sociedad Anónima Europea para desbloquear y resolver la problemática cuestión de la determinación del sistema de participación de los trabajadores en estas empresas. A partir de ese momento se acelera el proceso y en menos de un año se aprueba el Estatuto de la SE (Reglamento 2175/2001 y la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre),³⁹ y

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

³⁵ Cfr. COM (1999) 232 final, *cit.*, p. 2.

³⁶ Cfr. *Ibidem*, y nota 5, en la que se afirma que “(e)l Estatuto de la sociedad europea (propuestas de directiva y de reglamento) contribuirá a una mayor transparencia en lo que se refiere a las estructuras de gestión y de propiedad, así como al establecimiento de un marco jurídico racional para las operaciones a escala europea. Esto constituirá una contribución útil a un mercado primario integrado, así como un importante paso hacia la aparición (impulsada por el mercado) de pautas de gobierno de la empresa en la UE” (las cursivas son añadidas).

³⁷ Así, el “(a)uerdo político sobre el Estatuto de la sociedad europea Directiva 2001/86/CE y Reglamento (CE) 2157/2001, adoptados el 8 de octubre de 2001”; cfr. COM (2002) 267 final, *cit.*, p. 13, medida núm. 6.

³⁸ Véase COM (1999) 232 final, *cit.*, *passim*.

³⁹ Velasco, Esteban, “El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad Europea”, *Revista de Der. de Socs.*, España, núm. 16, 2001, pp. 141 y ss.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

en menos de dos se llega a la aprobación el 22 de julio de 2003 por el Consejo del Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea.⁴⁰

3. Las competencias de la Unión Europea para elaborar derecho de sociedades

El principio de atribución, de subsidiariedad y el principio de proporcionalidad representan los cimientos que establecen las competencias de la UE, no sólo en materia de derecho comunitario, sino también en derecho societario. De ellos, el importante en la delimitación de las competencias es el principio de *atribución*, por el que la UE sólo ostenta las competencias normativas, administrativas o jurisdiccionales, que de forma limitada le atribuyen los Estados miembros para la consecución de sus objetivos (artículo 5o. del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, tras su modificación por el TUE como TCE, y artículo I-11.2 de la Constitución Europea CE).

Esto revela que todo acto comunitario halla su fundamento en una base jurídica o precepto del TCE, que es quién designa tanto los límites competenciales como quién determina el procedimiento legislativo o decisorio aplicable, e inclusive el tipo de acto que puede adoptarse, y que en defecto de expresa transferencia a la CE, las competencias las ejercitan los Estados miembros.⁴¹

Los otros dos postulados, subsidiariedad y proporcionalidad, gobiernan el ejercicio de las competencias de la UE, es decir, cómo y cuándo se deben ejercer las competencias que estén asignadas a la propia UE. Ahora bien, en derecho de sociedades comunitario, el principio de *libertad de establecimiento* es el relevante, puesto que condiciona todo su desenvolvimiento. Dicho axioma ha sido introducido, con carácter

⁴⁰ Martínez Segovia, F. J., "Primera aproximación al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea", *Rev. de Est. Coop.*, Madrid, núm. 80, segundo cuatrimestre de 2003, pp. 61 y ss. El Reglamento y la Directiva sobre la Sociedad Cooperativa Europea han sido publicados en el *DO*, serie L, núm. 207, del 18 de agosto de 2003, pp. 1-24 y 25-36, respectivamente.

⁴¹ Vargas Vasserot, C., "El derecho de sociedades comunitario en el umbral de la Constitución europea", *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 13, I/2005, p. 186.

general, en el capítulo dos (artículos 43-48), Título III (Libre circulación de personas, servicios y capitales) de la tercera parte del TCE, dedicada a las políticas de la Comunidad. La Constitución Europea contiene dicha proposición en la Subsección 2a. (artículos III-137-III-143), de la Sección 2a. (Libre circulación de personas y servicios), del Capítulo I (Mercado Interior), Título III (Política y acciones internas), de la Parte III (De las políticas y el funcionamiento de la Unión). Este derecho de establecimiento, que contempla el artículo 43 (artículo III-137, CE),⁴² significa para la personas jurídicas, la posibilidad de trasladar de un Estado miembro a otro el centro principal de actividades y el derecho a tener un tratamiento nacional —esto es, análogo al de los nacionales del país de establecimiento— en todo lo relativo a la constitución y gestión de toda clase de empresas y particularmente de sociedades. Por ende, es el derecho a no padecer discriminación por la sola circunstancia de ser una persona jurídica de otro país miembro, en el ingreso y práctica de determinadas actividades económicas.⁴³

4. La idea del mercado interior para los fundadores de la Comunidad Europea y el proyecto de armonización legislativa del derecho de sociedades

La creación de la Comunidad Europea mediante el Tratado de Roma y, posteriormente, Maastricht y Niza, pretendía un mercado interior en el cual personas (físicas y jurídicas), mercancías y capitales pudieran circular libremente, según lo establecido por el Título III del tratado. Éste era el sueño de los fundadores, acompañado del reconocimiento de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios. El

⁴² El artículo 43, párrafo II, del TCE, señala que la libertad de establecimiento comprenderá, entre otros asuntos: “la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para su propios nacionales”, y el artículo 48 TCE agrega que “por sociedad se entiende a 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”. En los mismos términos se manifiesta el artículo III-137.3 de la Constitución Europea, remitiéndose al artículo III-142 para el concepto de sociedad. Las cursivas son añadidas.

⁴³ Vargas, *op. cit.*, p. 187.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

artículo 54.3, inciso g del tratado indica que para conseguir una plena libertad de establecimiento y de prestación de servicios es necesario adoptar una serie de *directivas y reglamentos* a través de los cuales *eliminar* los problemas derivados de una diferente *regulación societaria* en cada estado miembro; coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en cada uno de ellos a las sociedades *en protección de los intereses de socios y terceros*.⁴⁴

En tal virtud, el considerando primero del RSE promueve que las empresas pertenecientes a la UE puedan realizar operaciones económicas transfronterizas, al considerar que:

La realización del mercado interior y la mejora de la situación económica y social que tal realización debe fomentar en el conjunto de la Comunidad implican, además de la eliminación de los obstáculos a los intercambios, una reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción. A tal fin es indispensable que las empresas cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales puedan concebir y llevar a cabo la reorganización de sus actividades a escala comunitaria.

5. Normativa que rige la *Societas Europaea*

La naturaleza híbrida de la SE, emanada de la intersección entre el derecho comunitario y el nacional, se muestra palmariamente en su complicado sistema de fuentes. La pretensión inicial de crear una SE con un estatuto jurídico único para todos los Estados miembros y contenido en un solo cuerpo legal ha sido relegada en favor de una regulación *diversa* —según el Estado donde se encuentre domiciliada la SE— y *dispersa* —por remisión a múltiples fuentes—. ⁴⁵

Dentro de la normatividad que regula a la Sociedad Anónima Europea o *Societas Europaea* existen dos ordenamientos imprescindibles,

⁴⁴ Velasco San Pedro, L. A., Sánchez Felipe, J. M. “La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE”, *Rev. del Dcho. de Socs.*, España, núm. 19, 2002, p. 21. Las cursivas son añadidas.

⁴⁵ Ansón Peironcely, R. y Carmen Gutiérrez D., *op. cit.*, p. 62.

expedidos por el Consejo Europeo, que contienen su régimen jurídico. Dichas normas son: el *Reglamento Comunitario* 2157/2.001 del 8 de octubre (en lo sucesivo, SE) por el que se aprobó el estatuto de la Sociedad Anónima Europea (RSE),⁴⁶ el cual disciplina detalladamente las reglas de constitución y de funcionamiento de la SE. Dicho edicto se fundamenta en el artículo 100 A del TCE (nuevo artículo 95). Este ordenamiento fue modificado por un reglamento posterior.⁴⁷ Y la *Directiva* 2001/86/CE del 8 de octubre de 2001 (DITSE) que completa el reglamento por cuanto respecta a la implicación de los trabajadores⁴⁸ y establece las reglas de participación de los trabajadores en la creación y en el desarrollo de la sociedad misma.⁴⁹ Este ordenamiento se cimienta en el artículo 54 del TCE (nuevo artículo 44). En virtud de este *doble* soporte jurídico es factible adoptar resoluciones mediante mayoría calificada. Por otro lado, no hay que olvidar que en el transcurso del tiempo se han agregado distintas disposiciones complementarias que puntualizan los diversos aspectos de la institución, de las que más adelante haremos referencia.

He aquí la síntesis del contenido del Reglamento Comunitario:

- a) *Disposiciones generales* (artículos 1-13): condiciones para el acceso a la SE, fuentes de la disciplina, domicilio de la SE, traslado de domicilio de la SE;
- b) *Modalidades de constitución* (artículos 14-37): se han previsto cuatro modos distintos (fusión, *holding*, mediante una filial y transformación);
- c) *Estructura de la SE* (artículos 38-60): disposiciones relativas al órgano de administración (sistema dual y sistema monista), a la junta o asamblea general;
- d) *Cuentas anuales y cuentas consolidadas* (artículos 61 y 62);

⁴⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Comunidad Europea: DOCE* L 294, 10 de noviembre de 2001, pp. 1-21.

⁴⁷ Núm. 885/2004, *DOCE* 168 del 1o. de mayo de 2004.

⁴⁸ Publicada en el *Diario Oficial de la Comunidad Europea: DOCE* I 24 del 10 de noviembre de 2001, pp. 22-32.

⁴⁹ En el caso de España existe la Ley 19/2005, del 14 de noviembre, que incorporó dicho Reglamento en el capítulo XII ("De la SE") a la LSA (artículos 312-338).

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

- e) *Disolución, liquidación, insolvencia y cesación de pagos* (artículos 63-66);
- f) *Disposiciones complementarias y transitorias* (artículo 67);
- g) *Disposiciones finales* (artículos 68-70).⁵⁰

Por su parte, la *Directiva* regula aspectos como:

1. *Disposiciones generales* (artículos 1 y 2): objeto y definiciones;
2. *Procedimiento de negociación* (artículos 3-7): constitución de la comisión negociadora contenido del acuerdo, duración de negociaciones, legislación aplicable al procedimiento de negociación y disposiciones de referencia.
3. *Disposiciones varias* (artículos 8-17) relativas a: reserva y confidencialidad, funcionamiento del órgano de representación y procedimiento de información y consulta de los trabajadores, protección de los representantes de los trabajadores, uso indebido de los procedimientos, cumplimiento de la presente directiva, relación entre la presente directiva y otras disposiciones, disposiciones finales, revisión por parte de la Comisión, entrada en vigor y destinatarios.⁵¹

Las normas comunitarias *complementarias* del derecho societario son:

- Primera Directiva del 9 de marzo de 1968 (68/151/CEE), “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”, y que en concreto trata la publicidad de la sociedad, validez de los actos realizados en nombre

⁵⁰ Este ordenamiento incluye dos anexos: el primero se refiere a las sociedades anónimas contempladas en el apartado 1 del artículo 2, y el segundo anexo, relativo a las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada contempladas en el apartado 2 del artículo 2.

⁵¹ Esta disposición contiene un anexo dividido en dos partes: la primera relativa a la composición del órgano de representación de los trabajadores, y la segunda atinente a las disposiciones sobre la información consultada.

- de la sociedad y nulidad de sociedades (*DOCE* núm. L 065 de 14/03/1968 p. 0008-0012; Capítulo 17, t. I, p. 0003);⁵²
- Segunda Directiva del 13 de diciembre de 1976 (77/91/CEE), tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 8 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como el mantenimiento y modificación de su capital (*DOCE* núm. L 265/1 del 31 de julio de 1977, p. 1) (EE T. 17, vol. 1, p. 44),⁵³
- Tercera Directiva del 9 de octubre de 1978 (78/855/CEE), basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, “relativa a las fusiones de las sociedades anónimas” (*DOCE* núm. L 295 del 20 de octubre de 1978, p. 36) (EE T. 17, vol. I, p. 76);⁵⁴
- Cuarta Directiva del 25 de julio de 1978 (78/855/CEE), basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, “relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad” (*DOCE* núm. L 222 del 14 de agosto de 1978, p. 11) (EE T. 17, vol. I, p. 55);⁵⁵

⁵² La Directiva tiene por objeto coordinar las normas relativas a la publicidad, el poder de representación de los órganos y la nulidad de las sociedades de capital. Esta disposición fue modificada por la Directiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de julio de 2003 en lo relativo a los requisitos de información con respecto a ciertos tipos de empresa, *DOCE* núm. L221 del 4 de septiembre de 2003, pp. 13-16.

⁵³ Esta Directiva establece una serie de requisitos destinados a proteger a los accionistas y acreedores de las sociedades anónimas mediante la coordinación de las disposiciones nacionales relativas a la constitución de las mismas, así como al mantenimiento, al aumento y a la reducción de su capital. Dicho ordenamiento se reformó por la Directiva 92/101/CEE del Consejo, del 23 de noviembre de 1992, *DOCE* núm. L347/64.

⁵⁴ Al respecto, existe otra disposición más reciente que es la Directiva 2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 5 de abril de 2011 relativa a las fusiones de las sociedades anónimas: *DOCE* núm. L110/11 del 29 de septiembre de 2011.

⁵⁵ Esta Directiva ha sido complementada por varias disposiciones, entre otras: la Directiva del Consejo 84/559/CEE, del 27 de noviembre de 1984 por la que se revisan los montantes expresados en ECU en la Directiva 78/660/CEE, publicada el 4 de diciembre de 1984 (*DOCE* núm. L 314/28; EE t. 17, vol. I, p. 143); la Directiva del Consejo del 8 de noviembre de 1990 por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE sobre las cuentas anuales y las cuentas consolidadas respectivamente,

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

- Sexta Directiva del 17 de diciembre de 1982 (82/891/CEE), basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, “referente a la escisión de sociedades anónimas” (DOCE núm. 378 del 31 de diciembre de 1982, p. 4) (EE T. 17, vol. I, p. 111);⁵⁶
- Séptima Directiva del 13 de junio de 1983 (83/349/CEE), basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado (DOCE núm. L 193/1), “relativa a las cuentas consolidadas” (EE t. 17, vol. I, p. 119);
- Octava Directiva del 10 de abril de 1984 (84/253/CEE), basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado CEE (DOCE núm. L 126 de 12/05/1984, pp. 0020-0026), “relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables”;
- Undécima Directiva del 21 de diciembre de 1989 (89/666/CEE) (DOCE núm. L 395/36 del 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”, y
- Duodécima Directiva del 21 de diciembre de 1989 (88/667/CEE) (DOCE núm. L 395 del 30 de diciembre de 1989, pp. 0040-0042), “relativa a la sociedad de responsabilidad limitada de socio único”.⁵⁷

Como puede advertirse, la numeración de las directivas no es, precisamente, sucesiva ni responde a un estricto orden cronológico, en razón de que cada documento corresponde al momento en el que se presentó la propuesta por parte de la Comisión, y en ocasiones, ha sucedido que la demora en el trámite de una directiva ha provocado que se publique antes otra, iniciada posteriormente.⁵⁸

en lo relativo a las excepciones a favor de las pequeñas y medianas sociedades, así como a la publicación de las cuentas anuales en ecus, etcétera.

⁵⁶ Modificada por Directiva 2007/63/CE del Parlamento y del Consejo del 13 de noviembre de 2007, DOCE núm. L300 del 17 de noviembre de 2007.

⁵⁷ Vargas, *op. cit.*, p. 190.

⁵⁸ *Loc. cit.*

A. Clasificación de la normativa relativa a la SE

Las fuentes normativas, anteriormente nombradas, podemos agruparlas en tres grandes bloques:

a. Directivas sobre la publicidad

Aquellas que tiende a ser realidad la transparencia o fomentan la información societaria: mediante la *publicidad legal o formal*: Directiva 68/151/CEE o *primera* Directiva del 9 de marzo de 1968, se refiere a la *constitución, publicidad, validez de acuerdos y nulidad de sociedades*, y Directiva 89/666/CEE o *undécima* Directiva, del 21 de diciembre de 1989 relativa a la publicidad de las sucursales.

Aquellas que tienden a hacer realidad la transparencia o fomentan la información societaria: a través de la *publicidad financiera*: Directiva 78/660/CEE o *cuarta* Directiva del 25 de julio de 1978 (regula las cuentas anuales de ciertas formas societarias). Directiva 83/349/CEE o *séptima* Directiva del 13 de junio de 1983 (regula las cuentas consolidadas) y Directiva 84/253/CEE u *octava* Directiva del 10 de abril de 1984 (regula el control legal de cuentas y el ejercicio de la profesión de auditor).

b. Directivas de la tutela de capital

La Directiva (77/91/CEE) o *segunda* Directiva de 12 del diciembre de 1976 que se refiere al mantenimiento y modificación del capital social, a la protección de socios y terceros.⁵⁹ La Directiva (89/667/CEE) o *duodécima* Directiva relativa a la sociedad unipersonal y un poco también la primera directiva.⁶⁰

⁵⁹ La Directiva 92/101/CEE del Consejo del 23 de noviembre de 1992 modificó a la Directiva 77/91/CEE relativa a la constitución de sociedades anónimas, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital, *cfr.* DOCE núm. L347/64.

⁶⁰ Esta Directiva ha sido modificada en diversas ocasiones y de forma sustancial, véase Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de septiembre de

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

c. Directivas que se ocupan de regular los procesos internos de reestructuración de empresas

La Directiva (78/855/CEE) o *tercera* Directiva del 9 de octubre de 1978, la cual regula las fusiones; y Directiva (82/891/CEE) o *sexta* Directiva de 17 de diciembre de 1982 que regula las escisiones.

B. Las fuentes según el artículo 9o. del RSE

Las sociedades anónimas europeas se registrarán:

- a) Por lo dispuesto en el presente reglamento;
- b) Cuando el presente reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la *Societas Europaea*, o
- c) Respecto de 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:
 - i) por las disposiciones legales que adopten los estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las *Societas Europaea*;
 - ii) 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 *Societas Europaea* tenga su domicilio social;
 - iii) 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 *Societas Europaea* tenga su domicilio social.

Las disposiciones legales que adopten los estados miembros específicamente para las *Societas Europaea* deberán ser conformes con las directivas aplicables a las sociedades anónimas a que se refiere el anexo I.

2009, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (DOCE núm. L317/57, del 16 de noviembre de 1990).

Si el carácter de la actividad que desarrolle una *Societas Europaea* estuviere regulado por disposiciones específicas de leyes nacionales, dichas leyes serán plenamente aplicables a la *Societas Europaea*.

La Comisión Europea ha elaborado otros instrumentos en la configuración del Derecho de Sociedades comunitarios, aunque con alcance normativo mucho más restringido que las Directivas y los Reglamentos. Se trata de una normatividad no vinculante. Nos referimos a las *Recomendaciones y a las Comunicaciones*. El artículo 221 del TCE, con el propósito de garantizar la operatividad y la prosperidad del mercado común, legitima a dicha Comisión para expedir recomendaciones (artículo 1-35.3 de la CE), y con base en esta norma se han publicado diversas recomendaciones vinculadas con el derecho societario, entre otras: la Recomendación del 15 de noviembre de 2000, “sobre el control de la calidad de la auditoría legal de las cuentas de la Unión Europea”. Por otra parte, dicha institución ha formulado varias comunicaciones útiles, entre ellas: la Comunicación del 2 de febrero de 2002, “relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible”.⁶¹

El Reglamento relativo al Estatuto de la SE no está destinado a reformar el derecho societario de los diferentes Estados miembros, sino a poner un nuevo instrumento societario a disposición de las empresas deseosas de maximizar las potencialidades ofrecidas por el mercado único. Este nuevo instrumento responde, en derecho interno, a la organización clásica de una sociedad anónima. En efecto, el a. 10 del RSE dispone que “sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento, una SE es tratada en cada Estado miembro como una sociedad anónima constituida según las leyes del Estado miembro en el que la SE tiene su domicilio”. La SE será regida, pues, por dicho Reglamento pero también por las disposiciones de los derechos nacionales; de modo que la legislación nacional subsidiariamente aplicable a la sociedad es la del Estado en donde la empresa ha establecido su domicilio.⁶²

⁶¹ Vargas, *op. cit.*, p. 195.

⁶² Tzinieri, I., “Les fusions transfrontalières des sociétés commerciales”, *Memoire présenté en vue de l'obtention du dea droit des affaires 2001-2002*, Université Porbert Shuman, Estrasburgo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, p. 56.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

El acceso al estatuto de la SE está reservado a las empresas que tienen su domicilio en un Estado miembro, siempre que dicha sede sea efectiva; es decir, que deben estar ubicadas en el Estado miembro en el que coincide su domicilio estatutario con su administración central.⁶³ Además, si el Estado miembro lo permite, una empresa cuyo domicilio efectivo de dirección se encontrara en un tercer país, pero que uno de los establecimientos tuviera un vínculo efectivo y continuo con dicho Estado miembro, también podría participar en la constitución de una SE.⁶⁴

Así que a través de la regulación contenida en el RSE se pretendió crear una nueva sociedad mercantil con un marco jurídico propio que pudiera desarrollar su actividad empresarial en el ámbito comunitario. De esta forma, las sociedades constituidas en diferentes Estados miembros podrían fusionarse, formar un holding o una filial común, evitando las obligaciones jurídicas y prácticas provenientes de los diferentes ordenamientos jurídicos internos (artículo 2o., RSE). Su régimen jurídico se asemeja al de la sociedad anónima: personalidad jurídica propia, responsabilidad limitada de los socios, capital representado en acciones y exigencia de un capital social mínimo.

6. Concepto de la *Societas Europaea*

La SE es un modelo de naturaleza supranacional que cualquiera empresa puede adoptar, según el Estatuto previsto por el Reglamento 2157-2001. El RSE no proporciona una definición sobre el tipo que regula. En su lugar, se ha establecido que la SE es una sociedad anónima, con un capital mínimo de ciento veinte mil euros, facultada específicamente para desarrollar operaciones societarias transnacionales, domiciliada en el mismo Estado en el que se encuentre su administración central, reglamentada por el ordenamiento de ese Estado en todo lo no previsto por sus normas específicas de régimen o sus estatutos, que contempla la implicación de los trabajadores en la sociedad, y en cuyo proceso de

⁶³ *Ibidem*, p. 57.

⁶⁴ *Loc. cit.*

constitución están comprendidas, al menos, dos entidades sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados de la Unión Europea.⁶⁵

Desde un enfoque más directo y preciso, tratando de captar la esencia de la institución, se ha elaborado un concepto sucinto de dicha sociedad en el que se comprende su naturaleza de anónima, la singularidad de su régimen y su finalidad principal. En tal virtud se ha expresado que la sociedad europea es “una sociedad anónima de régimen mixto, nacional y comunitario, especialmente facultada para realizar operaciones societarias transnacionales dentro de la Unión Europea”.⁶⁶

7. Elementos que configuran a la *Societas Europaea*

Dichos aspectos son de índole minoritaria frente a los perfiles que obtiene la SE al acoger las peculiaridades del derecho nacional del Estado en el que se asiente.⁶⁷

A. Su naturaleza de sociedad anónima

El RSE otorga el carácter de sociedad anónima a la SE (artículo 1o.). Esta singularización se ratifica a lo largo del Estatuto con remisiones-

⁶⁵ Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A., “La Sociedad Europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora”, *Documento de trabajo*, Madrid, núm. 2, mayo de 20004, p. 34.

⁶⁶ *Loc. cit.* Pérez Escolar, R., nos proporciona un concepto de Sociedad Anónima Europea con base en el Estatuto de 1970 y expresa que es “aquella persona jurídica de carácter mercantil, cualquiera que sea su objeto, constituida en forma de sociedad anónima y actuante en todo el ámbito de la Comunidad con los mismos derechos y facultades, en general, que las sociedades anónimas de carácter nacional” (“El Estatuto de la Sociedad anónima europea”, *Rev. Dcho. Merc.*, Madrid, núm. 118, octubre-diciembre de 1970, p. 631).

⁶⁷ Martínez-Echevarría, *op. cit.*, p. 36. “La SE tendrá un perfil diferente en cada Estado. No se tratará de una Sociedad Europea de tipo europeo sino de una SE francesa, española, alemana... Incluso en el interior de un Estado Miembro se constituirán una multitud de sociedades europeas diferentes...”. *Cfr.* García Riestra, M., *op. cit.*, pp. 55 y 56, citando el Informe de junio de 2001, de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior del Parlamento Europeo.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

cuantiosas al régimen de la anónima.⁶⁸ De ahí que, salvo disposición en contrario, se presumen como suyos los atributos y las reglas propias de este tipo societario.⁶⁹

B. *El carácter facultativo de este tipo societario*

Dicho rasgo deriva de los términos en que se pronuncia el legislador comunitario al indicar que: “podrán constituirse sociedades en el territorio de la Comunidad en forma de sociedades anónimas europeas...”.⁷⁰ Independientemente de que la creación de una SE devenga la mejor alternativa que brinda el derecho para la problemática que trata de atender,⁷¹ ciertamente, no es un recurso por el que necesariamente se tenga que optar cuando surgen las circunstancias para las que ha sido prevista.⁷²

C. *El rigor normativo dimanante de la tutela de accionistas y terceros*

Evidentemente, el tratamiento jurídico de la SE presenta un acentuado rigor reglamentario en dos aspectos: el acceso a las formas de constitución de la SE y la normatividad de las relaciones entre los asociados y

⁶⁸ Las más importantes son las contenidas en el artículo 9o. del RSE. También deviene aclaratorio, a este respecto, el artículo 3o. del RSE, en el que se establece que a “efectos de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 2, se considerará que la SE es una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social”; Martínez-Echevarría, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁹ Véase, entre otros, el artículo 5o. RSE, relativo al capital, las acciones, las obligaciones y los demás títulos asimilables a ambas; los artículos 3o. y 15.1 RSE, en relación con la constitución de la sociedad y, fundamentalmente, el artículo 9.1.c RESE, donde, aunque con ciertas limitaciones, se hace una remisión genérica al régimen de la sociedad anónima del Estado donde se domicilie la SE, *loc. cit.*

⁷⁰ Véase García Riestra, M., *op. cit.*, p. 19.

⁷¹ Morgan considera que la SE como estructura jurídica uniforme aporta ventajas evidentes: Morgan de Rivery, E. y Stockford, C., “La Société Européenne”, *op. cit.*, p. 714.

⁷² Véanse, al respecto, las observaciones formuladas sobre la posibilidad de realizar una fusión transnacional tanto por la “vía directa o nacional” como por la vía del RSE en Garcimartín Alférez, F. J., “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, España, núm. 217, enero-febrero de 2002, pp. 7-38.

con los órganos sociales. El carácter abierto de la SE, con su acceso a los mercados de valores, obliga a la tutela de ese accionariado disperso, desinformado, sometido a los accionistas mayoritarios y por ende, indefenso.⁷³

D. *El acceso al tipo social limitado*

El legislador comunitario consideró que las bondades de la SE deben otorgarse sólo a las sociedades que lícitamente las utilicen, con el veto de su uso en fraude de ley. De ahí que en la SE no pueden intervenir personas físicas; únicamente podrán participar las sociedades previstas expresamente en los Anexos I y II del RSE, aunque algunos autores abogan porque se permita el ingreso a otras figuras como la SAS francesa.⁷⁴

E. *Denominación*

En vista de que el RSE contiene escasas normas al respecto, hemos de tomar en cuenta lo que dicho ordenamiento señala en su artículo 9.1 letra c, inciso *ii*: se estará a “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”. Sin embargo, sobre este punto el artículo 1.1 del RSE ordena acertadamente que la denominación de las sociedades anónimas europeas se exprese mediante una locución latina *Societas Europaea*⁷⁵ precedida o seguida del abreviatura “SE”. Además, en dicho precepto se prescribe que la denominación puede reemplazarse por las iniciales SE y, con base en este precepto el RSE se refiere a la Sociedad Europea, no sólo en el texto de los artículos sino también en cualquier rúbrica, exclusivamente a través de esas siglas.⁷⁶ También el RSE esta-

⁷³ Ansón, *op. cit.*, p. 58.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁵ El recurso al latín constituye una medida pacificadora, obviando el carácter polémico que hubiera podido desprenderse de la elección de determinada lengua europea en lugar de otras; véase Martínez-Echevarría, *op. cit.*, p. 47, y Edwards, V., *op. cit.*, p. 451.

⁷⁶ “Estas siglas admitirían una forma para el plural —SSEE o SEs—, pero el RESE

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

blece en su artículo 11.2 el derecho exclusivo a portar dichas abreviaturas en su denominación social, de ahí que otro tipo de sociedades no deberán incluir esas siglas en su denominación social.

A pesar de tal negativa las sociedades u otras entidades jurídicas registradas en un Estado miembro antes de la fecha de entrada en vigor del mencionado reglamento en cuyas denominaciones sociales aparecían las iniciales “SE” no tendrán que transformar su denominación social (11.3, RSE). Tal admisibilidad puede estimarse disparatada si se advierte que numerosas sociedades pudieron fundarse hasta el 8 de octubre de 2004, fecha en que inició su vigencia el RSE, incluyendo en su denominación la referida abreviatura.⁷⁷

Por lo demás, la SE deberá inscribir su denominación en el país miembro donde fije su domicilio social (artículo 11, RSE), amén de los requisitos ordinarios de publicación previstos para las sociedades anónimas nacionales de ese Estado; la “inscripción y la baja de una SE se publicarán a título informativo en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)* (artículo 14.1, RSE).⁷⁸

F. Nacionalidad

La nacionalidad de las sociedades es, finalmente, una ficción, un expediente técnico mediante el cual se designa el ordenamiento jurídico al

y la DITSE utilizan la forma SE tanto para referirse al plural como al singular de esta expresión”, *loc. cit.*

⁷⁷ Aguiló Piña, J. F. (“La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, *RDM*, España, núm. 246, octubre-diciembre de 2002, p. 1801.) comenta al respecto que “Habría sido mucho más lógico limitar la exención de que se trata a las sociedades que ya hubieran existido con las referidas características en la fecha de publicación del Reglamento en el *DOCE*, mediante una norma de aplicación inmediata”, pues, desde la publicación hasta la entrada en vigor en 2004, pueden estar constituyéndose sociedades que incluyan dolosamente las siglas SE en su denominación y se favorezcan de la concesión del artículo 11.3 del RESE (Martínez-Echeverría, *op. cit.*, nota 181, *in fine*). Por otra parte, Fernández de Córdova Claros, I, (“El futuro del derecho de sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, *La Ley*, España, núm. 5465, 22 de enero de 2002, p. 1905) juzga que esta condescendencia es una muestra de desaliento del legislador comunitario de 2001, que contrasta con el arrojo y ambición reflejados en la Propuesta de 1970.

⁷⁸ Martínez-Echeverría, *op. cit.*, p. 48.

que se sujeta la sociedad (*lex societatis*).⁷⁹ Establecer la nacionalidad de una sociedad realmente consiste en determinar cuál es el Estado cuyo derecho se le aplica originariamente.⁸⁰

La nacionalidad de la SE es la de un determinado Estado miembro y, como consecuencia de ésta, se puede decir de ella que también tiene nacionalidad comunitaria.⁸¹ La falta de nacionalidad *exclusivamente* comunitaria para este tipo social ha sido uno de los objetivos frustrados del Estatuto de la SE.⁸²

En efecto, del texto del artículo 9o. del RSE, es posible inferir que la SE tiene la nacionalidad del Estado en el que establezca su domicilio social.⁸³ Sin embargo, esta aseveración ha de ser matizada, pues la asignación de la nacionalidad, al margen de ser una cuestión controvertida, tiene un régimen diferente en el ordenamiento de cada uno de los Estados miembros. Las soluciones posibles pueden reducirse a dos,⁸⁴ diferenciándose una de otra por el elemento de la relación jurídica que consideran prioritario al definir la *lex societatis*: la voluntad de

⁷⁹ Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, A. L., *Derecho mercantil internacional. Estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional*, 2a. ed., Madrid, 1995, p. 157. Para mayor explicación puede consultarse: Paz-Ares Rodríguez, J. C., “La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica. Las cuentas en participación”, en Uría, R. y Menéndez, A. (dirs.), *Curso de derecho mercantil*, Madrid, 1999, t. I, pp. 535 y 536; Sagasti Aurrekoetxea, J. J., “La constitución de la «Societas Europaea-SE»”, *Rev. de Dcho. de Socs.*, España, núm. 19, 2002, p. 119.

⁸⁰ Martínez-Echevarría, *op. cit.*, p. 37.

⁸¹ Véase Blanc, G., “La société européenne: la pluralité des rattachements en question (à propos du règlement (CE) núm. 2157/2001 del 8 de octubre de 2001)”, *Le Dalloz*, Francia, núm. 12, 2002, p. 1056; Garcimartín Alfárez, F. J., “El reglamento de la sociedad europea...”, *op. cit.*, p. 9; donde se advierte que, en sentido estricto, no puede decirse de esta institución que sea una sociedad europea, sino una sociedad inspirada en principios europeos.

⁸² Martínez-Echevarría, *op. cit.*

⁸³ Fernández de Córdoba Claros, *op. cit.*, pp. 1904 y 1905. En contra Aguiló Piña (*op. cit.*, pp. 1798-1800, particularmente la 1799), quien dar a entender que la SE tiene únicamente nacionalidad supranacional, sin precisar, sin embargo, cuál es el criterio para determinar la nacionalidad de la SE.

⁸⁴ Paz-Ares Rodríguez, *op. cit.*, p. 537; además, véase Fernández de la Gándara, L. y Calvo Caravaca, *op. cit.*, p. 157, donde se expresan los tres criterios de atribución de la nacionalidad de las sociedades contemplados en el artículo 58 del Tratado CE —el de la sede estatutaria, el de la administración central y el del establecimiento principal— y se menciona otro criterio más —el del control—.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

los socios, si se sigue un modelo subjetivo —llamado de la *constitución* o de la *incorporación*—,⁸⁵ o la situación del centro principal, real y efectivo, de la sociedad, si se sigue un modelo objetivo —llamado del *domicilio* o de la *sede real*, con especial predicamento en la doctrina alemana, donde se conoce este sistema como *Sitztheorie*, y en la francesa—. ⁸⁶

Respecto a la transnacionalidad de las sociedades constituyentes, conviene indicar que para poder constituir una SE es una *conditio sine qua non* el involucramiento de al menos dos sociedades de Estados Miembros diferentes, excepto cuando se trata de una SE “filial” constituida por una SE. El RSE no establece una cláusula general de transnacionalidad sino es tipificada en función de la forma de constitución; de manera que la constitución mediante la *fusión* podrá realizarse por sociedades anónimas siempre que por lo menos dos de ellas estén ubicadas en Estados Miembros diferentes; la constitución de una SE *holding* o SE *filial* puede llevarse a cabo por sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada siempre que al menos dos de ellas estén sujetas a ordenamientos de distintos Estados Miembros o tengan una filial supeditada al ordenamiento de otro Estado Miembro o una sucursal en otro Estado Miembro desde dos años antes; finalmente; la constitución de una SE por *transformación* de sociedad anónima requiere que ésta haya tenido una filial subordinada al ordenamiento de otro Estado Miembro durante al menos dos años.⁸⁷

⁸⁵ Criterio seguido por el ordenamiento del Reino Unido, el de Irlanda y el de Holanda y, en teoría y en cierta medida, también por el de los países escandinavos, véase Blanco-Morales Limones, P., “La transferencia internacional de sede social”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Pamplona, monografía núm. 8, 1997, pp. 47 y ss.

⁸⁶ Principio recogido en los ordenamientos jurídicos de Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia y Portugal. Véase Martínez-Echevarría, *op. cit.*, p. 38. En esta hipótesis, cobra relevancia sustancial la distinción entre el *domicilio social estatutario* —el recogido en los estatutos inscritos en el registro— y la *sede real* —el establecimiento principal, donde se lleva efectivamente la administración central de la sociedad—. Uno y otro pueden coincidir o ser distintos. Según esta tesis sólo es importante, para determinar la *lex societatis*, la *sede real*. Véase Blanco-Morales Limones, P. (*op. cit.*, pp. 65 y ss.) con más indicaciones.

⁸⁷ García Riestra, *op. cit.*, p. 33.

8. La Constitución de la SE

A. El principio de acceso limitado al tipo social

Es muy importante tener presente que el régimen jurídico de la SE está cimentado en el *principio de acceso limitado* al tipo social;⁸⁸ esto significa que únicamente las sociedades ya constituidas y en funcionamiento en más de un Estado miembro por los cauces previstos en el Reglamento podrán dar nacimiento a las Sociedades Europeas (artículo 3, RSE).

Esta reglamentación limitativa de los modos de acceso y de los sujetos legitimados, que convierten a la SE en un tipo social cerrado, deviene congruente con sus objetivos: la integración y coordinación de sociedades en el ámbito europeo. En ese orden de ideas, la constitución de la SE mediante la fusión incentiva la concentración empresarial transfronteriza, así como la creación de SE *holding* o filiales simplifica la reestructuración societaria y la creación de grupos intracomunitarios de sociedades. De ahí que la SE no sea un artefacto jurídico idóneo para principiar actividades económicas *ex novo* por personas físicas, aunque pretendan orientarse a un mercado de dimensión comunitaria. Además, la creación de SE unipersonales está vedada, excepto que se trate de filiales de otras SE (artículo 3.2, RSE).⁸⁹

B. Las formas de constitución de una SE

La reglamentación de la constitución de la Sociedad Anónima Europea es un elemento sustancial en la aplicación práctica de la SE, a la que el RSE otorga gran importancia.⁹⁰

La trascendencia que dicho reglamento confiere a la constitución de la SE puede apreciarse fácilmente por la amplitud de su regulación; en

⁸⁸ Esteban Velasco, "La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la Sociedad Europea?", *Rev. Dcho. Socs.*, Madrid, núm. 13, 1999, p. 168.

⁸⁹ Ansón, *op. cit.*, p. 97.

⁹⁰ Fernández de Córdova lo expresa así: "la impresión que puede deparar al lector una primera lectura del Reglamento de hallarse en presencia... de una ley de reestructuraciones empresariales no es infundada", *op. cit.*, p. 1906.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

efecto, treinta de sus setenta preceptos están destinados a las distintas formas de crear una SE.

No hay que perder de vista que la constitución de la SE está regulada por lo dispuesto en el reglamento y por la “legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que la SE fije su domicilio social” (artículo 15 del RSE). Así que, en materia de constitución la SE habrá de sujetarse a un doble canon: reglas uniformes contenidas en el reglamento y la legislación nacional del Estado del domicilio social en lo relativo a constitución de sociedades anónimas.⁹¹

Ahora bien, el RSE determina una regulación para cuatro procedimientos *originarios* tendientes a organizar una SE:

- a) Fusión: cuando sociedades anónimas situadas en dos Estados miembros fundan una SE, precisamente, mediante dicha operación jurídica (artículos 2, párrafo 1, 3, párrafo 1 y 17-31, RSE). El RSE señala expresamente que: *“constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro que tenga su domicilio social y administración central en la Comunidad, siempre y cuando al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados Miembros diferentes”* (artículo 2.1 del RSE) y se podrá llevar a cabo a través de la fusión por absorción conforme al artículo 3.1 de la tercera Directiva 78/855/CEE sobre fusiones de sociedades anónimas, o de la fusión por constitución de una nueva sociedad de conformidad con el artículo 4.1 de la directiva ya citada.
- b) *Holdíng*: cuando una Sociedad Anónima y una Sociedad de Responsabilidad Limitada situadas en dos Estados miembros distintos constituyen una *holding*. El RSE declara: *“constituidas con arreglo al ordenamiento de un Estado Miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad”,* y siempre y cuando al menos dos de ellas *“estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados Miembros o, tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado*

⁹¹ García Riestra, *op. cit.*, p. 32.

Miembro o una sucursal en otro Estado Miembro desde por lo menos dos años antes" (artículos 2.2 y 32-34, RSE).

- c) Filial: cuando sociedades y personas morales (de derecho público y privado) situadas en dos Estados miembros distintos (o ellas mismas SE) crean una filial de SE. Esta forma de constitución está abierta a cualquier tipo de sociedad *que "estén sujetas al ordenamiento jurídico de otro Estado Miembro o una sucursal en otro Estado Miembro desde, por lo menos, dos años antes"* (artículos 2o., párrafo 3, y 35-36, RSE). En esta modalidad el reglamento se circunscribe a establecer una remisión al Derecho nacional que regule la participación de las sociedades en la constitución de una filial en forma de sociedad anónima.
- d) Transformación: cuando una SA puede transformarse en SE, si posee desde al menos dos años una filial en otro Estado miembro (artículos 2o., párrafo 4, y 37, RSE).

Las cuatro alternativas de constitución que instaura el artículo 2o. del RSE son, en definitiva, las operaciones societarias transnacionales cuya realización ha querido hacer posible el legislador. En los considerandos 10 y 11 del RSE se ratifica que esas operaciones son el *objetivo esencial* que persigue el régimen jurídico de la SE. En cualesquiera de los procesos de constitución de la SE, de una forma u otra, se ven implicadas, por lo menos, dos empresas sujetas al ordenamiento de Estados miembros diferentes.⁹²

De la descripción de estas modalidades se infiere que la constitución de una SE precisa, necesariamente, de la intervención de sociedades preexistentes. Además, se necesita la presencia del elemento extraterritorial que caracteriza a la actividad de la nueva entidad transfronteriza.⁹³

⁹² La necesidad de que en el proceso de constitución se involucre, al menos, a dos sociedades sujetas al ordenamiento de Estados miembros diferentes, resulta evidente con la lectura de las cuatro formas de constitución previstas en el artículo 2o. del RSE. Véase Martínez-Echevarría, *op. cit.*, p. 46.

⁹³ Frantangelo, P., "«Societas Europaea» e problematiche de vigilanza bancaria", *Studi e nota di economia*, Italia, núm. 1, 2004, p. 86.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

9. La estructura orgánica de la SE

Por lo que respecta a la estructura de gobierno societario está previsto que la SE cuente con una asamblea de socios que el reglamento denomina Junta General de accionistas y con un órgano de administración, el cual según se elija puede asumir la forma monista o dualista. En ambos sistemas de gobierno, los órganos de administración se hallan sometidos al control y supervisión de la Junta General de accionistas, que se reglamenta en los artículos 52 a 59 del RSE; dichos preceptos establecen, reiteradamente, la remisión al derecho nacional aplicable.

El sistema monista implica tener sólo un órgano de administración que “se reunirá como mínimo cada tres meses según una periodicidad fijada por los estatutos, para deliberar acerca de la marcha de los asuntos de la SE y de su evolución previsible. Cada miembro tendrá acceso a toda la información comunicada a dicho órgano” (artículo 44, RSE).

Mientras que el sistema dualista se caracteriza por la presencia de un *órgano de control* (consejo de vigilancia —*Ausichtsrat*—) y otro de *gestión* (consejo de administración —*Vorstand*—) (artículos 43-45, RSE).

Por una parte, el órgano de administración es responsable de la gestión de la SE, y en sus estatutos sociales se establecerá si ésta será otorgada a un director unipersonal, a varios con actuación solidaria o conjunta, o a un Consejo de Dirección colegiado (artículo 43.1, RSE).

Por otro lado, el órgano de control se ocupará de inspeccionar la gestión encomendada al órgano de dirección sin poder ejercitar la función directiva por sí mismo, aunque sí está capacitado para autorizar determinadas operaciones.

En esta regulación llama la atención la ausencia de la clásica distinción entre Juntas Generales ordinarias y extraordinarias, reglamentándose tan sólo la obligatoriedad de una reunión anual. Igualmente, es pertinente resaltar que los nombramientos de los órganos de administración se realizan para un período de seis años con posibilidad de reelección (artículo 44, RSE).

10. Participación de los trabajadores en la vida de la SE⁹⁴

Ya hemos indicado que las normas que rigen la participación de los trabajadores en la SE están contenidas en la Directiva 2001/8. Estas disposiciones devienen un complemento indisociable del reglamento y deben aplicarse simultáneamente. Es preciso subrayar que el propósito de la directiva ha sido establecer una clave determinante entre los objetivos de la Comunidad: la de facilitar y promover la coparticipación de los trabajadores en las empresas.

Ahora bien, cuando los órganos de gestión y administración de las sociedades que participan en la organización de una empresa deciden crear la SE, deben adoptar medidas específicas a fin de que se respete la participación de los trabajadores en la toma de decisiones al crearse dicho organismo. Con este fin, deben entablar una verdadera negociación con los trabajadores.

La negociación tiene lugar entre los órganos de gestión y administración de las sociedades participantes y un grupo especial de trabajadores, elegidos o designados directamente al interior de cada una de las estructuras nacionales.

Los Estados miembros fijarán las normas para la designación de los trabajadores y podrán prever que entre éstos estén presentes personas pertenecientes a organizaciones sindicales.

Las negociaciones concluirán con la redacción de un acuerdo escrito que determina detalladamente, las reglas de participación de los trabajadores en la constitución y en la vida de la sociedad.

⁹⁴ La fuente de este apartado ha sido Venturi, C., "La società europea. Procedura di costituzione e struttura organizzativa", en *www.tuttocamere.it*, núm. 8; información capturada el 10 de octubre de 2011; Insa, *op. cit.*, pp. 323 y ss.; además, Miatello, "Il problema della rappresentanza dei lavoratori (o cogestione) nella società europea alla luce degli sviluppi politico-economici internazionali", *Dir. fall.*, Italia, 1977, I, p. 14; Ramírez Martínez, J. M., "La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea (SE)", *Cuadernos de derecho judicial*, España, núm. 14, 2005, pp. 105-134; Ureste García, C. R., "Constitución Europea, empleo y multinacionales", *Cuadernos de derecho judicial*, España, núm. 17, 2005, pp. 529-578.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

El acuerdo debe establecer:

- El ámbito de aplicación del acuerdo mismo;
- La composición, el número de los miembros y la distribución de escaños del órgano de representación;
- Las competencias y procedimientos previstos para la información y consulta del representante;
- La frecuencia de las reuniones;
- Los recursos financieros y materiales que se asignarán a la representación, y
- La fecha en que entra en vigor el acuerdo.

11. Hacia un modelo único de *Societas Europaea*

La naturaleza heterogénea de la SE, dimanante de las remisiones del artículo 9o. del RSE al derecho nacional del país en el que se ubica el domicilio social de aquélla, es un atributo negativo de esta figura societaria. En función del lugar donde se domicilie la SE, su régimen se integrará con normas provenientes del ordenamiento del Estado correspondiente, lo cual genera subtipos como, por ejemplo, la SE-francesa, la SE-italiana, la SE-española, etcétera.⁹⁵ Esta heterogeneidad de subtipos es un mal menor, que ha permitido que el tipo SE nazca.⁹⁶

En otras palabras, uno no puede dejar de advertir que a pesar de la proximidad que existe entr ambas disposiciones, las diferencias significativas no se han eliminado, y ello a causa de las numerosas circunstancias opcionales concedidas por las directivas. Ellas, por supuesto, se convierten en otras tantas potenciales diferencias de regulación entre las SE's ubicadas en las distintas naciones de la UE. Por ello, se discute si la SE constituye en tipo en sí mismo o más bien, se concreta en muchos tipos diferentes, tantos cuantos son los Estados miembros; a primera vista, parecería, en efeco, encontrarse ante un modelo o tipo

⁹⁵ Cfr. Blanc, G., *op. cit.*, pp. 1056; Fernández de Córdova, *op. cit.*, p. 1905.

⁹⁶ Véase Blanc, G., *op. cit.*, p. 1057.

general incompleto de hechura comunitaria, que se materializa en las variantes o *tipos específicos* que han de completar los distintos ordenamientos nacionales.

Ahora bien, el régimen de este tipo de Sociedad Europea, en cierta medida, está aún en etapa de fabricación⁹⁷ por ello es factible mejorar la situación actual, aumentando el número de aspectos de la SE que admitan un tratamiento uniforme, lo que significaría disminuir las discrepancias que hay entre los diversos subtipos de SE.⁹⁸ Lo más deseable sería tener un sólo régimen jurídico para un prototipo único de SE, como había sido su concepción original

Los avances que se produzcan en el proceso de armonización del derecho societario permitirán aproximarse al modelo único de SE. Así como el sustrato de derecho europeo de sociedades armonizado en el pasado ha hecho viable que, apalancado en él, el Estatuto de la SE haya sido promulgado,⁹⁹ la armonización futura a través de directivas que lleve a cabo en este ámbito la Unión Europea contribuirá a la proximidad de los subtipos nacionales de SE.¹⁰⁰ Ciertamente, algunas de las propuestas de directivas que están en trámite pronostican un gran avance en la eliminación de divergencias entre los ordenamientos de los Estados miembros en aspectos vitales para la SE, como ocurre con la Propuesta de Quinta Directiva, atinente a la estructura de las Sociedades Anónimas y a los poderes y estructura de sus órganos, que intenta hallar una solución que obvie la bifurcación entre sistema monista y procedimiento dualista de gobierno. Tampoco podemos olvidar la Propuesta de Décima Directiva, sobre fusiones internacionales.¹⁰¹

⁹⁷ El artículo 69 del RESE, que contempla expresamente la posibilidad de que, tras los cinco primeros años de vigencia de la norma, se modifiquen cuatro cuestiones relevantes del régimen de la SE, es, tal vez, la expresión más clara del carácter, en cierta medida, transitorio del régimen vigente de la SE.

⁹⁸ A este respecto, se afirma que conviene que “las fuerzas centrípetas prevalezcan sobre las centrífugas, lo que es tanto como decir que el modelo único se alcanzará tanto más rápido cuanto menor margen de actuación se reconozca a los legisladores”. Cfr. Fernández de Córdova, “El futuro del derecho de sociedades en Europa...”, *op. cit.*, p. 1905.

⁹⁹ Según considerando 9 del RESE.

¹⁰⁰ Cfr. Fernández de Córdova, *op. cit.*, p. 1905.

¹⁰¹ Respecto a las Propuestas de Directivas sobre Derecho de Sociedades, véase, con más explicaciones, Díez Moreno, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2001, p. 392; Fernández de Córdova, *op. cit.*, p. 1905.

PEDRO ALFONSO LABARIEGA VILLANUEVA

Por último, queremos expresar que para el legislador comunitario se vislumbran dos misiones a realizar para conseguir un prototipo único de SE.¹⁰² Una consiste en impulsar el proceso de armonización del derecho de sociedades, a través de la promulgación de directivas.¹⁰³ La otra en promulgar nuevos reglamentos que optimicen el actual, colmando lagunas del régimen de la SE que hoy en día se complementan a través de las remisiones contenidas en el artículo 9o. del RSE.¹⁰⁴ De ahí que, como afirma la doctrina, la confección del Estatuto de la SE no ha concluido con la promulgación del RSE y la DITSE.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año II, núm. 3, enero-junio 2013

¹⁰² *Cfr.* Fernández de Córdova, *op. cit.*, p. 1905.

¹⁰³ Si bien, el efecto que produce el avance en la armonización del derecho europeo de sociedades, en última instancia y paradójicamente, es prescindir del Estatuto de la SE, pues la figura de la SE “viene a corregir un fallo de coordinación entre los ordenamientos jurídicos nacionales”. *Cfr.* Garcimartín Alférez, F. J., *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁴ “Una y otra labores son complementarias e interdependientes. Cuanto más se haya armonizado vía directiva, menos será necesario imponer vía reglamento... Hasta qué punto, sin embargo, la labor unificadora puede continuar por la vía de reglamentos complementarios al actual es cuestión que depende, claro está, de los legisladores nacionales, quienes sólo querrán perder el derecho de ser unificados vía directivas cuando se hallen persuadidos de la conveniencia de serlo vía reglamento”. *Cfr.* Fernández de Córdova, *op. cit.*, p. 1905.