



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
SAN ANTONIO  
**UCAM**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y DE LA  
EMPRESA

Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la  
Empresa

*Sociedad Anónima Europea:  
régimen jurídico de la SE-Filial domiciliada  
en España*

Dolores Fuensanta Martínez Martínez

Director: Dr. D. Francisco José Alonso Espinosa

Murcia, septiembre 2009



*A mis padres,*

*“El único símbolo de superioridad que conozco es la bondad”.*

**Ludwing van Beethoven** (1770-1827)  
*Compositor Sinfonía nº 9, Coral.*



---

## ÍNDICE



<b>ABREVIATURAS Y SIGLAS</b>	19
<b>PRIMERA PARTE.</b>	
<b>ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: EL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO</b>	
<b>CAPÍTULO PRIMERO.</b>	
<b>EL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO: DELIMITACIÓN Y SISTEMA</b>	
I. DELIMITACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO .....	25
<b>A. Concepto comunitario de Sociedad</b> .....	28
a) <i>Caracterización jurídica del concepto comunitario de Sociedad</i> .....	30
II. FUNCIÓN INSTRUMENTAL DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO.....	32
<b>A. Mercado común y Mercado Interior: El Libro Blanco sobre el Mercado Interior</b> .....	33
<b>B. Libertad de empresa comunitaria como marco constitucional de la libertad de establecimiento y la prestación de servicios</b> .....	38
<b>C. El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios</b> .....	42
a) <i>Concepto: criterios de delimitación formal y material</i> .....	44
a') Delimitación objetiva: modo de ejercer la actividad .....	46
b') Delimitación subjetiva: la transnacionalidad de la actividad en los beneficiarios.....	48
b) <i>Contenido del derecho de establecimiento y libre prestación de servicios</i> .....	50
a') Derecho de desplazamiento y estancia en el territorio comunitario.....	50
b') Libre acceso al ejercicio de la actividad .....	51
c') Derecho de establecimiento y Derecho societario europeo.....	52
<b>D. Límites a la movilidad intracomunitaria de las sociedades en el mercado común</b> .....	53
a) <i>Alcance del artículo 48 TCE: Teoría de la sede real y teoría de la constitución</i> .....	57
b) <i>La aportación jurisprudencial del TJCE a la movilidad intracomunitaria de las sociedades</i> .....	61
<b>E. Movilidad intracomunitaria de las sociedades en el mercado interior de la Unión</b> .....	65
a) <i>Reconocimiento del efecto directo de las disposiciones sobre derecho de establecimiento</i> .....	65
b) <i>La fusión transfronteriza de sociedades de capital</i> .....	66
c) <i>Traslado intracomunitario de la sede social</i> .....	67
III. SISTEMA DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO.....	67

**CAPÍTULO SEGUNDO.****FUENTES DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO**

I. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUENTES DE DERECHO COMUNITARIO.....	73
II. FUENTES DE DERECHO ORIGINARIO EN EL DERECHO DE SOCIEDADES EUROPEO.....	75
<b>A. Convenios ex Art. 293 TCE.....</b>	75
III. FUENTES DE DERECHO DERIVADO DE SOCIEDADES.....	77
<b>A. Reglamento comunitario en el Derecho de Sociedades Europeo.....</b>	77
<b>B. Directivas en materia societaria.....</b>	80
<b>C. Decisiones, recomendaciones y dictámenes.....</b>	89
<i>a) Nueva estrategia legislativa: la desregularización del Derecho Societario Europeo.....</i>	90
a') Un compromiso con la calidad legislativa y las iniciativas simplificadoras del Derecho societario europeo.....	92
<i>b) Soft law comunitario en materia de sociedades.....</i>	95
<i>c) El Informe Winter.....</i>	97
<i>d) Comunicación de la Comisión sobre Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea- Un plan para avanzar.....</i>	99

## SEGUNDA PARTE.

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PROCESO LEGISLATIVO  
COMUNITARIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA. LA  
INCORPORACIÓN DE LA SE A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

**CAPITULO PRIMERO.****GÉNESIS Y TRABAJOS PREPARATORIOS DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE LA SOCIEDAD ANONIMA EUROPEA (RESE)**

I. PRELIMINARES.....	107
II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS INTERNACIONALES: LA IDEA DE UNA SOCIEDAD EUROPEA.....	108
<b>A. Sociedad de tipo europeo: el Proyecto Sanders.....</b>	110
III. PROYECTOS DE REGLAMENTO DE SE EN LOS AÑOS SETENTA.....	113
<b>A. Primera Propuesta de Reglamento SE de 1970.....</b>	113
<b>B. Segunda Propuesta de Reglamento SE de 1975.....</b>	117
IV. PROPUESTAS DE REGLAMENTO DE LA SE EN LOS AÑOS NOVENTA.....	118
<b>A. Trabajos preparatorios a las nuevas propuestas de Reglamentación de la SE.....</b>	118



<i>a) Libro Blanco de la Comisión para la consecución del Mercado Interior.....</i>	119
<i>b) Libro Verde de la Comisión sobre participación de los trabajadores y estructura de las empresas.....</i>	119
<i>c) Armonización del derecho societario europeo.....</i>	121
<i>d) Memorándum de la Comisión sobre el Mercado Interior y Estatuto de la Sociedad Europea.....</i>	122
<b>B. Tercera Propuesta de Reglamento SE de 1989.....</b>	123
<i>a) Aspectos formales de la nueva estrategia legislativa: desdoblamiento de la fundamentación jurídica.....</i>	123
<i>b) Sistema de fuentes: una sociedad de “tipo europeo”.....</i>	125
<i>c) Aspectos materiales de la nueva estrategia: flexibilización de las modalidades de constitución.....</i>	128
<i>d) Flexibilización de la estructura de administración social: sistema dualista o monista.....</i>	129
<i>e) Participación de los trabajadores en la SE: la propuesta de Directiva.....</i>	131
<b>C. Cuarta Propuesta de Reglamento SE de 1991.....</b>	133
<b>D. El informe del Grupo Davignon sobre la implicación de los trabajadores en la SE.....</b>	136
<b>E. El cambio definitivo de fundamentación jurídica del Reglamento de la SE y de la Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la SE.....</b>	139

## CAPITULO SEGUNDO.

### IMPULSO FINAL Y PROMULGACIÓN DEL REGLAMENTO DE LA SOCIEDAD EUROPEA Y SU DIRECTIVA SOBRE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES

I. PRESUPUESTOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y POLÍTICOS: EL COMPROMISO DE NIZA.....	143
II. PRINCIPIOS JURÍDICOS INSPIRADORES DEL REGLAMENTO (CE) Nº 2157/2001, DE 8 DE OCTUBRE, SOBRE EL ESTATUTO DE LA SE.....	146
<b>A. EL RESE: una respuesta a la propuesta SLIM en el Derecho de sociedades y a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.....</b>	147
<b>B. Principio de igualdad o no discriminación.....</b>	148
<b>C. Transnacionalidad o vocación europea de la SE.....</b>	149
<b>D. Flexibilización: régimen jurídico fragmento y fragmentario de la SE.....</b>	151
III. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL ESTATUTO DE LA SE EN EL REGLAMENTO (CE) Nº 2157/2001.....	154
IV. EL COMPLEJO SISTEMA DE FUENTES DEL REGLAMENTO DE LA SOCIEDAD EUROPEA. EL ARTÍCULO 9 RESE.....	156
<b>A. Materias reguladas expresamente por el Reglamento comunitario.....</b>	159

<b>B. Materias reguladas por la autonomía de la voluntad privada.....</b>	161
<b>C. Materias no reguladas, reguladas solo en parte y materias no cubiertas por el RESE.....</b>	163
<b>D. El sistema de fuentes del RESE como solución política pero no una solución jurídica.....</b>	167
<b>V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRASLADO INTRACOMUNITARIO DEL DOMICILIO SOCIAL DE LA SE.....</b>	169
<b>A. Movilidad intracomunitaria de la SE y derecho de establecimiento: Propuesta de Decimocuarta Directiva de Sociedades.....</b>	170
<b>B. “Nacionalidad” de la SE vinculada al expediente técnico del domicilio social y teoría de la sede real.....</b>	174
<i>a) Garantías del RESE para la efectividad de la sede real de la SE.....</i>	179
<b>C. Aspectos conflictuales de la movilidad intracomunitaria de la SE: lex societatis mixta de la SE y personalidad jurídica comunitaria única.....</b>	181
<b>D. Aspectos materiales de la movilidad intracomunitaria de la SE: ¿un traslado internacional del domicilio social con transformación <i>sui generis</i>?.....</b>	182
<b>E. Fases en el procedimiento de traslado del domicilio social de la SE.....</b>	186
<i>a) Fase preparatoria: el proyecto de traslado.....</i>	186
<i>b) Fase decisoria: acuerdo de la Junta General.....</i>	189
<i>c) Fase de ejecución: inscripción registral y publicidad.....</i>	190
<b>F. Protección de accionistas y acreedores: derecho de separación y oposición.....</b>	192
<b>G. Cláusula de salvaguarda del interés general como limitación a la movilidad intracomunitaria de la SE.....</b>	197
<b>VI. LA ESTRUCTURA DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA SE.....</b>	201
<b>A. El sistema dual en el RESE.....</b>	206
<b>B. El sistema monista en el RESE.....</b>	208
<b>C. Disposiciones comunes a los sistemas de administración monista y dualista.....</b>	209
<b>VI. LA DIRECTIVA 2001/86/CE, DEL CONSEJO, DE 8 DE OCTUBRE DE 2001, POR LA SE QUE COMPLETA EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA EN LO QUE RESPECTA A LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES (DITSE).....</b>	211
<b>A. Principios que inspiran el régimen jurídico de la DITSE.....</b>	214
<b>B. Ámbito de aplicación y contenido de la DITSE.....</b>	218

**CAPITULO TERCERO.****CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA SE. FUENTES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA**

I. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA:	
CONCEPTO.....	223
<b>A. Los rasgos morfológicos de caracterización de la SE.....</b>	<b>224</b>
<b>B. Los rasgos tipológicos de caracterización de la SE.....</b>	<b>231</b>
II. FUENTES ESPAÑOLAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA.....	238
<b>A. Antecedentes y contenido de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España.....</b>	<b>240</b>
<b>B. La transposición de la Directiva Europea 2001/86/CE en el Derecho Español por Ley 31/2006, de 18 de octubre de 2006, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (BOE de 19 de octubre).....</b>	<b>242</b>
<b>C. La Reforma del Registro Mercantil operada en España a propósito de la SE.....</b>	<b>243</b>

## TERCERA PARTE.

## RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONSTITUCIÓN DE UNA SE FILIAL COMÚN DOMICILIADA EN ESPAÑA

**CAPÍTULO PRIMERO.****PRINCIPIOS Y OBJETIVOS COMUNES A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD EUROPEA**

I. PRELIMINARES.....	251
II. OBJETIVOS Y FUNCIONES DEL RESE COMO PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS DE LA SE.....	254
<b>A. Objetivos del RESE y funcionalidad de la SE.....</b>	<b>254</b>
III. PRINCIPIOS CONSTITUYENTES DE LA SE.....	260
<b>A. Principio de acceso limitado al tipo social.....</b>	<b>260</b>
<i>a) Limitaciones subjetivas.....</i>	<i>261</i>
<i>b) Limitaciones objetivas.....</i>	<i>266</i>
<b>B. Dimensión europea o plurinacionalidad de la SE.....</b>	<b>268</b>
<i>a) Elemento estático de la plurinacionalidad: el hecho jurídico europeo de las sociedades promotoras.....</i>	<i>268</i>
<i>b) Elemento dinámico de la plurinacionalidad: el hecho europeo económico.....</i>	<i>273</i>

**CAPITULO SEGUNDO.****SISTEMA DE FUENTES EN LAS MODALIDADES DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD EUROPEA**

I. PRELIMINARES.....	275
II. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA DE FUENTES EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA SE: EL ARTÍCULO 15 RESE.....	277
III. NORMAS APLICABLES A LA CONSTITUCIÓN DE UNA SE MEDIANTE FUSIÓN.....	280
IV. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL PROCESO DE CONSTITUCIÓN DE UNA SE-HOLDING: EL SISTEMA DE FUENTES APLICABLE.....	284
<b>A. La caracterización jurídica de la SE- Holding.....</b>	<b>286</b>
<i>a) La SE holding como modificación estructural supranacional sui generis.....</i>	<i>288</i>
<i>b) La SE holding y el procedimiento de fusión.....</i>	<i>291</i>
<i>c) La SE holding y la fundación sucesiva de una SA española.....</i>	<i>293</i>
<i>d) La SE holding y el contrato de constitución de grupo.....</i>	<i>295</i>
V. NORMAS APLICABLES A LA CONSTITUCIÓN DE UNA SE-FILIAL DOMICILIADA EN ESPAÑA: CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL PROCESO DE CONSTITUCIÓN DE LA SE-FILIAL.....	302
<b>A. Reenvío general del RESE a los Ordenamientos nacionales.....</b>	<b>302</b>
<b>B. La caracterización jurídica del procedimiento de constitución de una SE filial domiciliada en España.....</b>	<b>305</b>
<i>a) La SE filial española y las modalidades de “filialización” societaria. Posicionamiento en la relación de dependencia de una SE holding y de una SE filial.....</i>	<i>305</i>
<i>b) La SE filial y la fundación sucesiva.....</i>	<i>311</i>
<i>c) La SE filial común como sociedad instrumental de las Corporate joint ventures.....</i>	<i>313</i>
<i>d) La SE filial como modificación estructural supranacional sui generis.....</i>	<i>322</i>
VI. NORMAS APLICABLES EN LOS SUPUESTOS DE CONSTITUCIÓN DE UNA SE POR TRANSFORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA.....	325

**CAPITULO TERCERO.****PROCEDIMIENTO CONSTITUCIÓN DE UNA SE-FILIAL DOMICILIADA EN ESPAÑA: FASES Y CONTENIDO**

I. PRELIMINARES.....	329
II. FASE PREPARATORIA DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE LA SE.....	331
<b>A. El proyecto de constitución de la SE: naturaleza jurídica, funciones y contenido.....</b>	<b>332</b>
<i>a) Contenido legal del proyecto de constitución en distintas modalidades de constitución de una SE.....</i>	<i>337</i>

---

<i>b) Contenido mínimo esencial de cualquier proyecto de constitución de una SE. Referencia especial al proyecto de constitución de una SE filial.....</i>	340
<b>B. Los informes en el proyecto de constitución de la SE.....</b>	345
<i>a) Informe de los administradores o del órgano de dirección.....</i>	345
<i>b) Informe de peritos independientes.....</i>	348
<i>c) Información contable: el balance de constitución de la SE.....</i>	350
<b>C. Publicidad formal y convocatoria de las juntas generales u órgano deliberante correspondiente.....</b>	353
III. FASE DECISORIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SE.....	355
<b>A. Acuerdo adoptado por los órganos deliberantes de las sociedades o entidades promotoras de la constitución de una SE.....</b>	357
<b>B. Consentimiento individual de los socios para participar en el canje de las acciones: Particularidad del proceso de constitución de la SE-holding.....</b>	362
<b>C. Derecho de separación de los socios disidentes.....</b>	366
IV. FASE DE EJECUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE UNA SE.....	369
<b>A. Doble control de legalidad del procedimiento: fase nacional y fase comunitaria.....</b>	371
<b>B. Escritura de constitución de una SE domiciliada en España.....</b>	373
<b>C. El contenido de los Estatutos sociales de una SE domiciliada en España.</b>	374
<i>a) La denominación de la SE.....</i>	378
<i>b) El objeto social de la SE.....</i>	379
<i>c) El régimen jurídico del capital social de la SE.....</i>	381
<b>D. Inscripción registral y personalidad jurídica de la SE.....</b>	384
V. LOS MECANISMOS DE PUBLICIDAD NACIONAL Y COMUNITARIA DE LA SE.....	386
VI. LA SE EN FORMACIÓN Y LA SE IRREGULAR.....	392
CONCLUSIONES.....	397
BIBLIOGRAFIA.....	415



---

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAVV:	Autores varios
Art.	Artículo
as./ass.:	asunto / asuntos (planteado/s ante el TPI/TJCE).
ass. acum.:	asuntos acumulados (planteados ante el TPI/TJCE).
AG:	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AUE:	Acta Única Europea (1986).
AEIE:	Agrupación Europea de Interés Económico (Reglamento CEE nº 2137/1985 del Consejo, de 25 de julio).
AIE:	Agrupaciones de Interés Económico (Ley 12/1991, de 29 de abril)
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
BORME:	Boletín Oficial del Registro Mercantil.
CC:	Código Civil.
CCom:	Código de Comercio.
CDC:	Cuadernos de Derecho y Comercio (Consejo General del Notariado)
CDFUE:	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C-303, de 14.12.2007, pág.1)
CE:	Constitución Española (1978)
CES:	Comité Económico y Social.
CEE:	Comunidad Económica Europea
Cfr.:	confróntese.
CML Rew.	<i>Common Market Law Review</i>
CN:	Comisión Negociadora en el ámbito de la DITSE.
CNMV:	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
Consejo:	Consejo de la Unión Europea.
Corr. Err.:	Corrección de errores.
CREDA:	<i>Centre de Recherche sur le Droit des Affaires.</i>
CSR:	<i>Corporate Social Responsibility</i> (Responsabilidad Social Corporativa).
DGRN:	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DO C:	Diario Oficial, serie C (Comunicaciones e Informaciones).
DO L:	Diario Oficial, serie L (Legislación).
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea.

---

DITSE:	Directiva 2001/86/CE del Consejo, de ocho de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.
ECOFIN:	Consejo de Economía y Finanzas de la UE.
EEE:	Espacio Económico Europeo.
EEMM:	Estados miembros
EFTA:	<i>European Free Trade Association.</i>
GJCEE:	Gaceta Jurídica de la CEE
<i>Indret:</i>	Revista para el análisis del Derecho.
LITSE:	Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (BOE núm. 250 de 19 de octubre de 2006).
LME:	Ley 3/2009, de 3 abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (BOE de 4 abril de 2009).
LO:	Ley Orgánica
LSA:	Real Decreto Legislativo 1546/1989, de veintidós de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
LSAEE:	Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España.
LSRL:	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
MEDEF:	Consejo Nacional del Empresariado Francés.
núm.:	número.
ob.cit.:	obra citada.
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
OPA:	Oferta Pública de Adquisición de acciones.
pág.:	página.
págs.:	páginas.
PCSM:	Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles.
PE:	Parlamento Europeo.
PDITSE:	Propuesta de Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea.
PRESE:	Propuesta de Reglamento de Sociedad Anónima Europea.
PYME:	Pequeña y Mediana Empresa.
RDBB:	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDGRN:	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDM:	Revista de Derecho Mercantil.



---

RGD:	Revista General de Derecho.
RdS:	Revista de Sociedades. Aranzadi
Rec.:	Recopilación de Jurisprudencia del TJCE y del TPJ.
Reei:	Revista Electrónica de Estudios Internacionales.
RJ:	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
RRM:	Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil).
RESE:	Reglamento 2157/2001/CE del Consejo, de ocho de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).
RTDE.	Revue Trimestrielle de Droit Européen.
Rev. Sociétés :	Revue des Sociétés.
Riv. Soc. :	Rivista delle Società
SA:	Sociedad Anónima (nacional- española).
SAS:	<i>Société par Actions Simplifiée</i> (Francia)
SCE:	Sociedad Cooperativa Europea.
SE:	Sociedad (anónima) Europea.
TCE:	Tratado de la Comunidad Europea (versión consolidada). (DO C, núm. 325, de 24 de diciembre de 2002).
SLIM:	Iniciativa <i>Simpler Legislation for the Internal Market</i> .
SME:	<i>Small and Medium-sized Enterprises</i> .
SpA:	<i>Società per Azioni</i> .
SPE:	Sociedad Privada Europea.
SRL:	Sociedad de Responsabilidad Limitada.
SRLNE:	Sociedad de Responsabilidad Limitada Nueva Empresa
ss.:	siguientes.
STC(s):	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional.
STJCE(s):	Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJCE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TL:	Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007. (DOCE C 306, 17.12.2007)
TS:	Tribunal Supremo.
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia.
TFUE:	Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (firmado en Lisboa el 13.12.2007)
TUE:	Tratado de la Unión Europea.
UE:	Unión Europea.

UEM:	Unión Económica y Monetaria.
UNICE:	Confederación Europea de Sindicatos.
UTE:	Unión Temporal de Empresas.
<i>vid.</i>	<i>Videre</i> (Véase).
Vol.	Volumen
ZGR:	Zeitschrift für Unternehmens –und Gesellschaftsrecht.

---

**PRIMERA PARTE**

**ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA  
EUROPEA: EL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO**



---

## CAPITULO PRIMERO.

### EL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO: DELIMITACIÓN Y SISTEMA.

#### I. DELIMITACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO.

El Derecho de Sociedades<sup>1</sup> es una pieza fundamental en los Ordenamientos jurídicos de la Unión Europea.

---

<sup>1</sup> La consideración del Derecho de Sociedades con sustantividad propia nace en el siglo XIX. La doctrina (vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades, Tomo I, Parte General. Sociedades Colectiva y Comanditarias*, Madrid, 1976, nota a pie, pág. 9) considera la obra de GIERKE, *Das deutsche Gennossenschaftsrechts*, 1868-1881, como el punto de inflexión en el reconocimiento de la importancia de las agrupaciones de individuos, la caracterización dogmática de una clase de relaciones jurídicas – las asociacionales o de cooperación que se individualizan por la solidaridad de intereses que se deriva de la puesta en común de medios y fines- y la proposición, como rama jurídica o como parte dentro del Derecho Civil, de un Derecho de Sociedades. La sustantividad y autonomía sistemática del Derecho de sociedades es común a los Ordenamientos europeos, si bien en ordenamientos con acentuada sectorización del Derecho mercantil como el alemán, el Derecho de sociedades en sentido amplio distingue el *Gesellschaftsrecht* para las sociedades capitalistas, *Handelsgesetzbuch* (HGD –Código de Comercio) para la sociedades personalistas y *Unternehmensrecht* o Derecho de la Empresa. Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., *Curso fundamental de Derecho Mercantil*, Vol.II, Murcia, Fundación Universitaria San Antonio, 2004 págs. 31-63; SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol.I, 30ª edición, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006/2007, págs. 281-301; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil internacional*, 2ª edición, Madrid, Tecnos,1995, págs. 149 y ss.; AAVV. Dir. URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, págs. 469 - 612; BROSETA PONT, M./ MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. I, 12ª Ed., Madrid, Tecnos, 2005, págs. 269 y 286; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 18ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, págs. 35 - 46, pág. 249; VICENT CHULIÁ, F., “Nuevas estrategias en el Derecho de Sociedades Europeo”, en *Derecho de los Negocios*, año 8, núm. 76, págs. 14 -27, págs. 249-258; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Problemas de política y técnica jurídica en Derecho de Sociedades: un balance”, AAVV., *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol.I, Madrid, Mc Graw Hill, 2002, págs. 159-195.

El Derecho de Sociedades Europeo participa de las características y complejidad propia de la sistematización del fenómeno societario en la Unión Europea. La profundidad del Derecho societario depende de la extensión otorgada al concepto<sup>2</sup> legal de sociedad por cada Ordenamiento jurídico al aislar los elementos esenciales de un determinado fenómeno de la realidad para calificarlo jurídicamente como societario.

La formación y desarrollo del Derecho societario europeo surge vinculado al concepto comunitario de sociedad y a la consecución de los objetivos de integración económica y jurídica de la Comunidad europea<sup>3</sup> cumpliendo así una doble función material e instrumental.

En su función técnico-jurídico instrumental, el Derecho societario europeo está destinado a la realización de los objetivos de integración económica entre los Estados miembros materializados en la consecución de la libertad de establecimiento (Arts. 43 a 48 TCE<sup>4</sup>) de las sociedades en el Mercado interior. La

---

Una breve introducción a la sectorización del Derecho Mercantil alemán puede verse en MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A., *Código de Comercio Alemán – Traducción y Estudio preliminar*, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 20-24.

<sup>2</sup> EL concepto de sociedad debe enfocarse hacia la búsqueda o localización de aquellos elementos que el Ordenamiento considera indispensables para la existencia de un fenómeno societario. Vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades...*, ob.cit. pág. 24; PAZ-ARES, C., “Artículo 1.665 del Código Civil”, AAVV. Dir. PAZ-ARES, BERCOVITZ, DÍEZ PICAZO Y CODERCH, *Comentario del Código Civil, Tomo II*, Madrid, Centro Publicaciones Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1299 y ss.

<sup>3</sup> Vid. GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., “Consideraciones en torno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de Sociedades”, en *RDBB, Estudios en homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Madrid, 1994, pág. 935; Vid. GONDRA ROMERO, J.M., “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional)”, AAVV. Dir. GARCÍA DE ENTERRÍA, E./GONZÁLEZ CAMPOS, J.D./ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático del Derecho español)*, Vol. I, Madrid, Civitas, 1986, págs. 275-312; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho Comunitario de sociedades: consideraciones de política y técnica jurídica”, AAVV., Dir. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 43.

<sup>4</sup> Se corresponden con los artículos 49 a 55 TFUE. El Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (DOUE C-306. 17.12.2007) modifica el Tratado de la Unión Europea y el

integración jurídica comunitaria persigue la equivalencia de resultados normativos entre los diferentes Ordenamientos nacionales y permite la actuación homogénea de los operadores económicos europeos en un *sistema de economía social de mercado altamente competitiva*<sup>5</sup> evitando las disfuncionalidades económicas del mismo.

En su función material, el Derecho societario europeo está integrado por un complejo normativo diverso que pone a disposición de los operadores económicos europeos técnicas de organización<sup>6</sup> de las tareas colectivas y de las empresas de conformidad con los principios patrimoniales vigentes en la sociedad civil que la legislación aspira a institucionalizar.

El operador económico europeo que reúna los requisitos legales comunitarios de sociedad, es simultáneamente objeto y sujeto del Derecho societario europeo al constituirse en un referente para la consecución de la libertad de establecimiento y prestación de servicios en las mismas condiciones fijadas por los Estados miembros a sus nacionales. Por otro lado, la realidad multiforme y cambiante del tráfico y la necesidad de elaborar estructuras jurídicas más acordes con las exigencias de la empresa moderna, justifican que el legislador comunitario y nacional introduzca nuevas formas y estructuras

---

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El Tratado de Lisboa reenumera, deroga y reubica las disposiciones de los Tratados anteriores y reconoce la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo. En adelante, las referencias al TFUE se harán a la versión consolidada publicada en el DOCE C 115, de 9.05.2008; respecto del TUE se especificará la versión consolidada Tratado de Lisboa (T.L.) para diferenciarlo de las redacciones anteriores especificadas oportunamente. Respecto del TCE, se utilizará la publicada en el DOCE C 321, 29.12.2006, a excepción de las referencias concretas a otras versiones. La LO 1/2008, de 30 de julio, autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, amparándose en el referéndum del pueblo español que aprobó en su día el Tratado de Constitución Europea.

<sup>5</sup> Cfr. Art. 3.3 TUE versión T.L.

<sup>6</sup> En la doctrina española, el Derecho de Sociedades se define como *“tecnología de la organización” de las agrupaciones de personas constituidas negocialmente para la promoción de un fin común*. Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., *Curso Fundamental ...*, ob. cit., pág. 31; PAZ ARES, C., *“La Sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad”*, AAVV. Dir. URÍA, R./ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil ...*, ob. cit., págs. 485 - 486; VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho ...*, ob. cit., pág. 251.

organizativas como variantes tipológicas de sociedades ya existentes<sup>7</sup>, o nuevas formas jurídicas asociativas de colaboración (AEIE), e incluso nuevos tipos societarios<sup>8</sup> como la Sociedad Anónima Europea o la Sociedad Cooperativa Europea<sup>9</sup>.

La delimitación sistemática y funcional del Derecho de sociedades europeo como rama del Ordenamiento comunitario, depende del concepto jurídico comunitario de sociedad, de su función instrumental al servicio de la libertad de establecimiento y prestación de servicios en el Mercado interior y de su contenido normativo materializado en las fuentes del Ordenamiento comunitario.

#### A. Concepto comunitario de sociedad.

El concepto de sociedad del Art. 48 TCE<sup>10</sup> la define como las “*constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad (...). Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo*”.

---

<sup>7</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Fundamentos de Derecho Mercantil I*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pág. 357; HIERRO ANIBARRO, S., *La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Tomo XI, Vol.4º, AAVV, DIR. OLIVENCIA, M./FERNÁNDEZ NOVOA, C./JIMÉNEZ DE PARGA, R., *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 55 -59. La SRLNE (Ley 7/2003, de 1 de abril) como subtipo de la SRL más que una especialidad, es la respuesta española a la recomendación comunitaria sobre la “*Mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas (97/344/CEE)*”, siguiendo la corriente desreguladora de las sociedades de capital iniciada en países europeos, como la SAS o Sociedad por Acciones Simplificada francesa de 1994 y la Ley alemana sobre Pequeñas Sociedades por Acciones de 2 de agosto de 1994 -Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und Deregulierung des Aktienrechts.

<sup>8</sup> El tipo societario es la regulación conjunta modélica de unas figuras tratando los datos que se han ido repitiendo y que el legislador por ello da por presupuestos. Vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades...*, ob.cit., pág. 24.

<sup>9</sup> Vid. Reglamento (CE) Nº 1435/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003 relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), DOUE L 207 de 18 de agosto de 2003.

<sup>10</sup> Igual redacción en el art. 54 TFUE.



Esta formulación jurídico-positiva de sociedad es un concepto amplio<sup>11</sup> que comprende toda clase de sociedades mercantiles o civiles, públicas o privadas, incluida expresamente la cooperativa, tanto si están dotadas de personalidad jurídica o nó<sup>12</sup>, a las que se les exige una autonomía patrimonial inherente al grado de subjetivación mínimo común de toda sociedad para la promoción y consecución de una finalidad común de carácter lucrativa. Se trata de un concepto de sociedad que responde a criterios propios de Derecho comunitario y no depende de uno u otro Derecho nacional, referido a “*todo grupo económico que posea capacidad de acción y de expresión, así como patrimonio propio*”<sup>13</sup>.

Las características del concepto comunitario de sociedad están condicionadas por la función instrumental del Derecho societario europeo al servicio de la consecución de la libertad de establecimiento (Art. 43 TCE<sup>14</sup>) y la prestación de servicios (art. 50 TCE<sup>15</sup>). Cualquier sociedad o empresa europea beneficiaria de la libre prestación de servicios o del derecho de establecimiento cumple simultáneamente los requisitos de carácter subjetivo del Art. 48 TCE y carácter objetivo exigidos en el ejercicio de la libertad concreta.

El contenido del derecho de establecimiento y libre prestación de servicios provoca dos tipos de efectos sobre la caracterización del concepto comunitario de

---

<sup>11</sup> El concepto comunitario “amplio” de sociedad, no tiene el mismo alcance que el planteado por doctrina española sobre el concepto amplio o legal de sociedad centrado en el fin de lucro como fin común. En Derecho comunitario, la sociedad incluye cualquier forma jurídica de organización de una actividad económica, de carácter industrial, mercantil, artesanal o profesional, a la que el Derecho comunitario reconoce la libertad de establecimiento y prestación de servicios. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción ...*, ob. cit., pág. 250, se refiere al concepto comunitario de sociedad como *concepto amplísimo*. Partidarios del concepto comunitario amplio de sociedad, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, L.A., *Derecho Mercantil ...*, ob. cit., pág. 156; PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social de la Sociedad Anónima Europea*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 41.

<sup>12</sup> En los Derechos holandés, alemán e italiano, por ejemplo, la personalidad jurídica sólo se reconoce a las sociedades de capital. Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2003, pág. 123.

<sup>13</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único ...*, ob. cit., pág. 123. Concepto de CH.GAVALDA/G. PARLEANI.

<sup>14</sup> Artículo 49 TFUE.

<sup>15</sup> Artículo 57 TFUE.

sociedad: uno amplificador del elemento subjetivo referido a los establecimientos secundarios de las sociedades<sup>16</sup>, ya sean filiales, sucursales, agencias, incluso oficinas o cualquier otra modalidad de establecimiento secundario previsto en los Ordenamientos nacionales con dimensión europea, que se equiparan a las sociedades *strictu sensu* como objeto y sujeto del Derecho de Sociedades; y otro restrictivo de naturaleza material u objetiva, referida a las características y tipo de actividad desarrollada por las sociedades limitada exclusivamente a las “*actividades económicas independientes y lucrativas o remuneradas*”<sup>17</sup>, prevaleciendo de este modo el contenido y la finalidad económica de los prestadores de servicios en el Mercado interior (Art. 2 TCE). Únicamente las sociedades o empresas europeas que persigan una finalidad lucrativa en los servicios intracomunitarios prestados son beneficiarias de las libertades comunitarias de prestación de servicios y derecho de establecimiento.

a). *Caracterización jurídica del concepto comunitario de Sociedad.*

El concepto comunitario de sociedad comporta los siguientes elementos esenciales:

a) El vínculo comunitario o carácter comunitario exigido a las sociedades o entidades jurídicas del Art. 48 TCE. Este elemento relacionado con la nacionalidad de las sociedades trata de satisfacer cumulativamente dos requisitos: primero, que la entidad jurídica haya sido “*constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro*” (vínculo jurídico relacionado con la teoría de la incorporación- *Gründungstheorie*-); y segundo, que tenga “*su sede social,*

---

<sup>16</sup> El Art. 43 TCE prevé dos modalidades de ejercicio del derecho de establecimiento: primario o a título principal – creación, constitución y/ gestión de empresas y sociedades-; y el derecho de establecimiento secundario –constitución de filiales, sucursales, agencias u otros-. Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El Derecho de establecimiento”, AA.VV. Dir. LÓPEZ ESCUDERO, M./MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario material*, Madrid, McGraw-Hill, 2000, págs. 107-121; BLANCO-MORALES LIMONES, P., *La transferencia Internacional de Sede social*, Pamplona, Aranzadi, 1997, págs. 146-148.

<sup>17</sup> El Art. 50 TCE delimitación objetiva de la prestación de servicios referido a las actividades “... de carácter industrial, mercantil, artesanales, las propias de las profesiones liberales y en general todas aquellas prestaciones realizadas a cambio de una remuneración en la medida que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”. El concepto de remuneración es el opuesto al salario. VID. CALVO CARAVACA, L.A./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre ...*, ob. cit., pág. 123

administración central o centro de actividad principal" (vínculo territorial relacionado con la teoría de la sede o *Sitztheorie*) en un país comunitario. Estos requisitos han sido interpretados por la doctrina como manifestación del *principio de pertenencia* (*Angehörigkeit*)<sup>18</sup>, de tal manera que, son sociedades comunitarias las constituidas de acuerdo con la legislación de uno de los Estados miembros y además, tengan su sede social, administración central o centro de actividad principal en el interior de la Comunidad. En Derecho Comunitario no existe en rigor una *nacionalidad comunitaria de las sociedades*, es competencia del Derecho Internacional Privado y Derechos nacionales establecer los puntos de conexión reales que vinculan a las sociedades y demás personas jurídicas con sus Ordenamientos nacionales regulando su constitución, personalidad, domicilio, nacionalidad, organización interna y extinción (*lex societatis*).

b) La existencia de un patrimonio afectado con técnica jurídico-real para la consecución de un fin común o social. La técnica jurídico-real que organiza ese patrimonio autónomo puede ser civil o mercantil, de Derecho privado o público, estar registrada o no, con personalidad jurídica o sin ella<sup>19</sup>, pero en todo caso, se

---

<sup>18</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, L.A., *Derecho mercantil ...*, ob., cit., pág. 157 y 158. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único ...*, ob. cit., pág. 122 y 123; CALVO CARAVACA, A.L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea", en *RdS*, núm. 28, pág. 100. El principio de pertenencia (vínculo comunitario) se completaba por la doctrina al añadir el criterio del "*asentamiento efectivo (Ansässigkeit)*" de las sociedades en la Comunidad, exigiendo a las sociedades con sede estatutaria en la Comunidad y que no cumplieran ninguno de los otros criterios del artículo 48 TCE, "*un ligamen efectivo y continuo con la economía de alguno de los Estados miembros*", de tal manera que se impidiera el abuso de la libertad de establecimiento por parte de las empresas no comunitarias y con sede estatutaria meramente formal en Europa. En la actualidad (sobre todo a partir del cambio jurisprudencial de la STJCE de 9 de marzo de 1999 -Centros Ltd/Erhvers -og Selskabsstyrelsen-), se reconoce el efecto directo de la libertad de establecimiento y es suficiente que la sociedad haya sido constituida conforme a la legislación de un Estado miembro (teoría de la incorporación). En todo caso, "*no se benefician de la libertad de establecimiento ni de la libre prestación de servicios las sociedades radicadas en un tercer país que dispongan de sucursales o agencias situadas en países comunitarios, pues no se han constituido con arreglo a la Ley de un país miembro*".

<sup>19</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, L.A., *Derecho Mercantil ...*, ob. cit., pág. 156 y 157; CALVO CARAVACA, L.A./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único y libre ...*, ob. cit., pág. 123. En los Ordenamientos como el alemán, italiano o neerlandés la personalidad jurídica solo se reconoce a las sociedades de capital. En la AEIE (Reglamento

exige el reconocimiento de su capacidad para actuar en el mercado (capacidad para contratar y capacidad procesal). Esta caracterización genérica abarca a todos aquellos patrimonios jurídicamente independientes o dependientes de otros (filiales, sucursales, oficinas) pero dotados de autonomía suficiente para intervenir en el mercado mediante actividades principales o auxiliares.

c) Las sociedades deben poseer un fin lucrativo. La finalidad lucrativa entendida como *no gratuidad o exigencia de contrapartida económica o remuneración*<sup>20</sup> de la actividad realizada excluye de la esfera de aplicación del artículo 48 TCE a las sociedades o entidades con fines caritativos, religiosos o culturales. Las actividades o servicios prestados por la sociedad deben presentar un contenido económico cierto, se realizan a cambio de un precio, de una remuneración indirecta o en especie. El *ánimo de lucro comunitario* no está referido al elemento técnico-jurídico<sup>21</sup> diferenciador en la doctrina española entre el concepto legal de sociedad y otras entidades económicas de base asociativa (cooperativas, mutualidades, joint ventures, grupos societarios, etc.), sino que atiende al elemento económico de la gestión empresarial desarrollada por la sociedad, esto es, a la participación lucrativa de la sociedad en el tráfico económico.

## II. FUNCIÓN INSTRUMENTAL DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO.

---

CEE nº 2137/1985, de 25 de julio), por ejemplo, se deja al arbitrio de los Estados miembros el reconocer o no la personalidad jurídica, pero no su capacidad jurídica, de obrar y procesal. Cfr. Artículo 1.2 y 3 AEIE "2. La agrupación así constituida, a partir del registro previsto en el artículo 6, tendrá la capacidad, en nombre propio, de ser titular de derechos y obligaciones de toda especie, celebrar contratos o llevar a cabo otros actos jurídicos, y de litigar. 3. Los Estados miembros determinarán si las agrupaciones inscritas en sus registros en virtud del artículo 6, tienen o no personalidad jurídica."

<sup>20</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, L.A., *Derecho mercantil ...*, ob. cit., pág. 156; VELASCO SAN PEDRO/SÁNCHEZ FELIPE, J.M., "La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SE", en *RdS*, núm.19, 2002, págs. 19 y ss.

<sup>21</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho ...*, ob. cit., págs. 259 a 264; La edición núm. 21, 2008, disponible en <http://www.tirantonline.com> (ref. TOL1.021.01 y TOL1.021.017.)

El Derecho de Sociedades europeo como instrumento de integración jurídica y económica de los Ordenamientos nacionales<sup>22</sup>, está al servicio de la consecución de un espacio económico europeo sin fronteras interiores donde se garantice la libertad de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. El Derecho societario europeo contribuye a la consecución del Mercado interior de servicios, de la libertad de establecimiento y de la cooperación empresarial y comercial entre las sociedades europeas.

#### **A. Mercado Común y Mercado Interior. El Libro Blanco sobre el Mercado Interior.**

El *mercado común* (Art.2 TCE<sup>23</sup>) es una aspiración de la originaria Comunidad Económica Europea (1957) superado en la actualidad por el establecimiento del *mercado interior* en la Unión Europea<sup>24</sup>.

El Mercado común definido por el TJCE<sup>25</sup> como el *“espacio económico comprendido por el territorio de los Estados miembros en el que los diferentes factores de producción están liberalizados en unas condiciones análogas a las de un mercado interno de un Estado, comprendiendo la eliminación de todos los obstáculos a los intercambios intracomunitarios con la idea de fusionar los mercados nacionales en un mercado único, realizando tanto como sea posible las condiciones similares a las de un mercado interior”*, es una zona en la que existe un arancel común exterior y en la que se verifica la libertad de circulación de los factores productivos (mercancías, personas,

---

<sup>22</sup> La función del Derecho de sociedades europeo se manifiesta en *“diferentes planos pero conectados entre sí: la eliminación de los obstáculos de carácter fiscal y material derivados de la existencia de regímenes jurídicos dispares en el seno de la Comunidad; el logro de que sean los datos económicos reales los que determinen los procesos de toma de decisiones empresariales y por último, la creación de unidades empresariales, que acordes con la dimensión del mercado comunitario, sean capaces de competir con el exterior y promover la expansión económica y la autonomía tecnológica de la Comunidad mediante una política común de desarrollo industrial”*. Vid. GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A., *“Consideraciones en torno ...”*, ob.cit., pág. 935.

<sup>23</sup> El Art. 2.2 g) del Tratado de Lisboa (13.12.2007) prevé la sustitución de cualquier referencia al *“mercado común”* por *“mercado interior”*. El Art.2 TCE ha sido derogado en el TFUE y su contenido sustituido en sustancia por el Art. 3 TUE en la redacción dada por el Tratado de Lisboa.

<sup>24</sup> Art. 3.3 TUE versión T.L. *« La Unión establecerá un mercado interior. ...”*.

<sup>25</sup> STJCE 5 de mayo de 1982, *Schul/Inspecteur des droits d'importation et des accises*, 15/81, Rec., pág. 1409.

capitales y servicios). El Derecho de Sociedades europeo, en la etapa de mercado común, protagonizó la integración jurídica societaria mediante Directivas armonizadoras de las garantías exigidas a las sociedades en los EEMM para proteger los intereses de los socios y de los terceros (Art. 44.2g TCE)<sup>26</sup>.

El concepto de Mercado interior, incorporado al Derecho comunitario con el AUE (1986)<sup>27</sup>, supera y profundiza el alcance del mercado común al definirlo como un *“espacio sin fronteras caracterizado por la supresión entre los Estados miembros de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales”* (Art. 3. c) TCE y 14.2 TCE). Este Mercado interior europeo persigue las características propias de un mercado nacional con una frontera común y única entre todos los Estados Miembros como garantía de eliminación de obstáculos jurídicos, fiscales, técnicos o fácticos al tráfico económico intracomunitario.

El tránsito del Mercado común al Mercado interior es consecuencia del proceso evolutivo y constructivo de la Unión Europea<sup>28</sup>. El Libro Blanco de la Comisión sobre *la Consecución del Mercado Interior*<sup>29</sup> inicia el programa de

---

<sup>26</sup> Primera Directiva de Sociedades 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968; Segunda Directiva 77/91/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976; Tercera Directiva 78/855/CE del Consejo, de 8 de octubre de 1978; Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978; Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1972; Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983; Octava Directiva 84/253/CEE del Consejo de 10 de abril de 1984.

<sup>27</sup> Tratado del Acta Única Europea, publicado en DOCE nº L 169, 29.06.1987. El Memorándum de la Comisión COM (88) 320, de 15 de julio de 1988, reconocía expresamente el objetivo del AUE de 1986 de superar la fase anterior de “mercado común” para llegar en el horizonte de 1992 a un “mercado interior europeo”.

Vid. CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único ..*, ob. cit. pág. 29; PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004. págs.17 y ss.

<sup>28</sup> Acta Única Europea (1986), Tratado de la Unión Europea (Maastricht 7.02.1992), Tratado de Ámsterdam (2.10.1997), Tratado de Niza (26.02.2001), Tratado de Atenas (2003), el frustrado Tratado de Constitución Europea (2004) y Tratado de Lisboa (13.12.2007). Vid. MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones de Derecho de la Unión Europea*, 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, págs. 68 -72. La Unión Europea *“es una idea de síntesis que responde a una concepción común, global y coherente del proceso de integración progresiva de los pueblos y de Estados”*.

<sup>29</sup> COM (85) 310 final, Bruselas 14 de junio de 1985. Respuesta a las declaraciones que se habían venido sucediendo por parte del Consejo Europeo desde 1982 y al mandato

actuaciones comunitarias que tratan de superar las disfuncionalidades sociales, económicas y monetarias provocadas por el modelo del mercado común con propuestas de nuevos instrumentos<sup>30</sup> (políticas económicas comunes, medidas específicas por sectores, nuevos métodos de armonización, principio de reconocimiento mutuo<sup>31</sup>) que contribuyen a la consecución de un mercado único europeo lo suficientemente flexible para canalizar los recursos humanos, materiales y financieros hacia los sectores de utilización óptima y donde aparece como prioridad básica la necesidad de estructuras jurídico-comunitarias específicas para las empresas de dimensión europea<sup>32</sup>.

La Comisión en su Informe recurre al Derecho de Sociedades como instrumento al servicio de la consecución y desarrollo del Mercado interior de cooperación industrial intracomunitaria (*Informe sobre el Mercado interior* apartados 133-151). Con este objetivo se desarrolla un marco jurídico donde los obstáculos jurídicos, fiscales, administrativos e incluso psicológicos y sociales de la actividad transfronteriza de las empresas europeas, especialmente para las PYMES, son eliminados y se ofrecen estructuras jurídico-comunitarias supranacionales de cooperación entre empresas de distintos Estados miembros independientes de los Derechos nacionales. La cooperación industrial

---

expreso de fijación de un calendario y programa de actuaciones para la consecución en 1992 de un *gran mercado único*.

<sup>30</sup> Vid. GONDRA ROMERO, J.M., "Integración ...", ob. cit. pág. 284; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, L.A., *Derecho mercantil ..*, ob. cit. pág. 80; Cfr. "The Internal Market- 10 years without Frontiers" (El Mercado interior-Diez años sin fronteras). Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, redactado por la DG Mercado Interior en 2003, disponible en: [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/10years/docs/workingdoc/workingdoc\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/10years/docs/workingdoc/workingdoc_en.pdf)

<sup>31</sup> Jurisprudencia de *Cassis de Dijon*, STJCE de 20 de febrero de 1979, As.120/78 Rewe-Zentral AG., Rec. 1979, pág. 664. Vid. LÓPEZ ESCUDERO, M., "La aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el derecho comunitario", *GJCEE*, D-19, enero 1993, págs. 119-164. El principio de reconocimiento mutuo es un instrumento alternativo a la armonización legislativa, de carácter restringido y limitado -carece de base legislativa de Derecho positivo- y se aplica exclusivamente por el TJCE cuando exista equivalencia entre las normas del país de origen y de destino.

<sup>32</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "El Reglamento de las Sociedad Europea en el marco del Derecho Comunitario de Sociedades: consideraciones de política y técnica jurídica", AAVV, Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág. 25.

transfronteriza, sin menoscabar el objetivo de integración económica, es un aspecto esencial para alcanzar un Mercado interior europeo competitivo a escala internacional; la Comisión prioriza la reestructuración de las empresas europeas, a los grupos empresariales y sus modelos de cooperación y avala la propuesta del Reglamento sobre Estatuto de Sociedad Europea, como el instrumento jurídico de Derecho comunitario capaz de dirigir una empresa a escala europea, incentivar las actividades transfronterizas, generar economías de escala y fomentar la participación de los trabajadores en las estructuras de decisión de la industria europea<sup>33</sup>. El programa y calendario fijado por la Comisión (1992 mercado único) y en materia societaria, se inspira en la norma comunitaria de prohibición de discriminaciones<sup>34</sup> entre las personas jurídicas de la Comunidad, y pretende remover los obstáculos que impidan las adquisiciones de participaciones sociales (apartado 138 del Informe sobre el Mercado Interior), mejorar los procedimientos de oferta pública de adquisición de acciones<sup>35</sup> nacionales para que ofrezcan las mismas garantías en los Estados miembros (apartado 139), profundizar en la aproximación de las legislaciones nacionales de las sociedades por acciones (apartados 140-141) como garantía de una protección equivalente a los interesados y fomento de la cooperación interempresarial, establecer una política desreguladora de los aspectos societarios armonizados en los Derechos nacionales<sup>36</sup>, adoptar medidas sobre la movilidad intracomunitaria de las

---

<sup>33</sup> Vid. *Memorándum de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y a los interlocutores sociales. Mercado interior y cooperación industrial.-Estatuto de la Sociedad Europea-. Libro Blanco sobre el Mercado interior, punto 137*. COM (88) 320 final, Bruselas, 15.07.1988. En 1985 ya se contaba con la Agrupación Europea de Interés Económico, Reglamento (CEE) nº 2137/85 del Consejo de 25 de julio de 1985 (DOCE L 199 de 31.07.1985).

<sup>34</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "El derecho de ...", ob. cit., 2000, pág. 112.

<sup>35</sup> Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a las Ofertas Públicas de Adquisición.

<sup>36</sup> El objetivo de esta política desreguladora es la simplificación del marco jurídico de la actividad societaria y empresarial en el mercado interior. Iniciada a finales de los años 80 con medidas de diversa naturaleza a favor de las PYMES (*Informes de la Comisión al Consejo sobre la realización de los objetivos del Programa de la Comunidad para las pequeñas y medianas empresas* COM(87) 238, de 20 de julio de 1987 y COM (88) 64 final, de 2 de marzo de 1988; se crea en 1986 la Task Force PYME, antecedente de la DG XXIII), adquiere mayor relevancia en el primer lustro del siglo XXI con nuevas estrategias legislativas en Derecho de sociedades (Comunicación de la Comisión: "Aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: una estrategia para la simplificación del marco regulador", COM (2005) 535



empresas (apartado 142), favorecer la fusión internacional como fase final de un proceso de colaboración<sup>37</sup> (apartado 143) y elaborar propuestas sobre el régimen jurídico de los grupos de empresas (apartado 144). Cuestiones que conservan su actualidad y de las que queda pendiente abordar asuntos como el reconocimiento recíproco de las sociedades definidas en el artículo 48 TCE, el régimen jurídico de los grupos societarios europeos, la efectiva movilidad intracomunitaria de las PYMES, o estructuras jurídicas supranacionales de cooperación industrial acordes a la realidad multiforme de los operadores económicos del mercado (Estatuto de la Sociedad Privada Europea)<sup>38</sup>.

El Derecho de Sociedades europeo protagoniza, en la etapa del mercado común, la armonización e integración progresiva de las legislaciones nacionales de sociedades capitalistas mediante la utilización de las Directivas societarias como instrumentos de aproximación legislativa de mínimos conducentes hacia un cierto grado de homogeneidad normativa comunitaria favorecedora del incremento de la actividad societaria intracomunitaria en el mercado; mientras

---

final, Bruselas, 25.10.2005, Informe Winter de 4 de noviembre de 2002, Comunicación de la Comisión: "Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea- Un plan para avanzar-", COM (2003) 284 final, Bruselas, 21.05.2003, entre otros.) Vid. HIERRO ANIBARRO, S., "El soft Law comunitario del Proyecto Nueva Empresa ¿Un nuevo instrumento de armonización del Derecho de Sociedades?", *RdS*, núm.26, 2006, págs. 133-167; VICENT CHULIÁ, F., "Nuevas estrategias en el Derecho de Sociedades Europeo", *Derecho de los Negocios*, núm. 76, 1997, pág.20; GUERRA MARTÍN, G., "Capítulo III (Gobierno societario) del Informe del grupo de alto nivel de expertos en Derecho de Sociedades sobre un marco normativo moderno para el Derecho de Sociedades en Europa, Informe Winter, Bruselas, 4 de noviembre de 2002", *RdS*, núm. 20, 2003, págs. 275-259.

<sup>37</sup> Veinte años más tarde, la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DOUE L 310, de 25.11.2005).

<sup>38</sup> Vid. Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, \*/COM/2008/036 final. Bruselas 25.06.2008. La Comisión retiró en 2006 las propuestas legislativas sobre el Estatuto de Asociación Europea, COM (1991) 273, DOCE C 099 de 21.04.1992, pág.1 y el Estatuto de la Mutualidad Europea COM (1991) 273, DOCE C 099 de 21.04.1992, pág. 40, por resultar incompatibles con los criterios de Lisboa y mejora de la legislación -DOUE C 64, de 17.03.2006, págs. 3-10. La Comisión de Empleo y Asunsto Sociales del PE, en su proyecto de Informe de 14 de noviembre de 2008, sobre la Economía social (2008/2250 (INI)) reitera la necesidad del reconocimiento jurídico de los integrantes de la economía social y la adopción de estatutos europeos de las asociaciones, fundaciones y mutuas.

que en la etapa del Mercado interior, el Derecho de Sociedades profundiza en los objetivos de la etapa anterior y amplía su ámbito de actuación integrador con la incorporación de nuevas técnicas-jurídicas supranacionales de cooperación y gestión empresarial intracomunitaria conducentes en mayor grado hacia una uniformidad del Derecho de sociedades en la Unión<sup>39</sup>.

### **B. La libertad de empresa comunitaria como marco constitucional de la libertad de establecimiento y prestación de servicios.**

La libertad de empresa es uno de los derechos “constitucionales” comunitarios actualmente reconocidos a los ciudadanos europeos<sup>40</sup>.

El derecho a libertad de empresa de los textos constitucionales nacionales (Arts. 38 y 139.2 Constitución española<sup>41</sup>), encontraba su referente europeo en las cuatro libertades comunitarias al servicio del objetivo finalista del Mercado interior. Era necesaria la supresión y eliminación entre los Estados miembros, de las barreras y obstáculos a la libre circulación de las mercancías, personas,

---

<sup>39</sup> Vid. LUTTER, M., “Concepciones, éxitos y tareas futuras de la armonización del Derecho de Sociedades”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 210, 2002, págs. 39-52.

<sup>40</sup> La ciudadanía europea es el *status civiles* que se reconoce a los nacionales de un Estado miembro (art. 17.1 TCE), como valedor de derechos civiles y económicos complementarios y no sustitutivos de los derechos y deberes que ostenten por su nacionalidad conforme a sus Ordenamientos. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional, Art.9 TUE versión T.L. y Art. 17.1 TCE “...Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro.” La ciudadanía europea se incorporó en el TCE, y no en el TUE, para evitar el obstáculo de falta de personalidad jurídica internacional de la originaria Unión Europea (reconocida de hecho por la doctrina de las competencias implícitas, cfr. Dictamen del Tribunal de la Haya, de 11 de abril de 1949, en CIJ Recueil, 1959, p. 178); el art. 281 TCE reconoce la personalidad jurídica de la CE. El art. 47 TUE versión T.L., al eliminar la dualidad UE y CE, establece con carácter general “la personalidad jurídica de la Unión”. Vid. MANGAN MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, J., *Instituciones...*, ob. cit., pág. 71; PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público*, segunda edición, Madrid, Tecnos, 1987, pág. 640

<sup>41</sup> Art. 38 CE “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Art. 139.2 CE “Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español”.

servicios y capitales (Art. 3.1 c) TCE<sup>42</sup>), lo que implicaba el reconocimiento de las libertades de circulación y establecimiento de las personas (Arts. 43 TCE<sup>43</sup>) que junto a la libre circulación de mercancías (Art. 23 y 24 TCE<sup>44</sup>) y capitales (Art. 56 TCE<sup>45</sup>) implicaba la libre circulación de los factores de producción.

Cuando el TCE reconoce implícitamente la libertad de empresa a los ciudadanos de la Unión, les reconoce un *derecho subjetivo institucional*<sup>46</sup> que concita, de una parte, un *derecho subjetivo* de los ciudadanos frente al poder público – concretado en el derecho a circular libremente- y, de otra, un *derecho institucional* y objetivo que legitima la intervención de los poderes públicos en el mercado – las Instituciones comunitarias y/o los Estados miembros-, para garantizar, en primer lugar, la propia libertad como derecho de los ciudadanos, y en segundo lugar, que se respetan otros fines constitucionales también defendibles, aún suponiendo límites a la libertad de empresa (Derecho de la competencia, políticas y planificación económica).

El reconocimiento explícito de la libertad de empresa comunitaria se produce con la incorporación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>47</sup> al acervo comunitario que en su Art. 16 CDFUE establece: “*Se reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*”. Este derecho fundamental a la libertad de empresa comunitaria o libre iniciativa empresarial se sigue sirviendo de las libertades comunitarias de establecimiento y libre prestación de servicios, como garantes del derecho de todo ciudadano europeo a desplazarse de un Estado miembro a otro para desarrollar de forma autónoma y lucrativa su actividad económica o profesional en las mismas condiciones que las fijadas para los nacionales del país destinatario de la actividad, mediante un establecimiento ya sea principal o

---

<sup>42</sup> Art.26 TFUE. Mercado interior.

<sup>43</sup> Art.49 TFUE. Derecho de establecimiento.

<sup>44</sup> Arts. 28-29 TFUE. Libre circulación de mercancías.

<sup>45</sup> Art.63 TFUE. Libertad de circulación de capitales.

<sup>46</sup> Vid.VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima Europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, AAVV, Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 31.

<sup>47</sup> DOUE C -303, de 14.12 .2007, pág.1.

secundario (filial o sucursal) en el Estado miembro destinatario o sin instalación permanente. La libertad de circulación de mercancías y de capitales conservando su ámbito de aplicación específico, son también libertades instrumentales al servicio de la eficacia de la libertad de establecimiento y prestación de servicios.

El ejercicio de la libertad de empresa comunitaria, al igual que los Derechos nacionales<sup>48</sup>, está limitado por el *sistema de economía de mercado abierta y libre competencia* de la Unión (Arts. 4.1 y 98 TCE)<sup>49</sup>, que reconoce la necesaria intervención de los poderes públicos en el mercado para garantizar la eficiente asignación de los recursos y la protección de otros intereses u objetivos que por su naturaleza puedan ser considerados prioritarios o superiores (cfr. Art. 2 TUE<sup>50</sup>: el pleno empleo, estabilidad de precios, protección del medio ambiente, o la cohesión económica, social y territorial entre otros). En este sentido, por ejemplo, la finalidad primordial de la Política de la Competencia Comunitaria<sup>51</sup> es la

---

<sup>48</sup> La libertad de empresa del art. 38 CE limitado por: "... *Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía en general, y en su caso, de la planificación*". Vid. ALONSO SOTO, R., "Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho comunitario", AAVV., Dir. URÍA, R./ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2ª edición, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, págs. 273-296; BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual ...*, ob. cit., pág.156; GIRÓN TENA, J., *Tendencias actuales y reformas del Derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1986, pág. 101, "...*las economías contemporáneas de los países occidentales son sistemas de economía mixta, se las llama "mixtas" por una doble razón...de un lado por la "inmixción del Estado y la negación a la actitud de inhibición frente al juego del sistema de "laissez faire" ..., y de otro, porque... en el seno del sistema mismo..., existen elementos de promoción de la imperfección del sistema competitivo de formación espontánea, impulsados por los protagonistas de la vida económica*".

<sup>49</sup> Art. 98 TCE "...*Los EEMM y la Comunidad actuarán respetando el principio de economía de mercado abierta y de libre competencia favoreciendo una eficiente asignación de recursos y de conformidad con los principios enunciados en el artículo 4*" (nuevo Art.120 TFUE); Art.4.1 TCE "*Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de los EEMM y la Comunidad incluirá, en la condiciones y según el ritmo previsto en el presente Tratado, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los EEMM, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia*" (nuevo art. 119 TFUE).

<sup>50</sup> Art. 3 TUE versión T.L.

<sup>51</sup> Vid. AAVV. Coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A., *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 2005, pág. 43; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único ...*, ob. cit., 2003, págs. 284 y ss. Comunicación de la Comisión sobre Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del

protección de la competencia *efectiva* en un mercado único y abierto en beneficio de los consumidores mediante la prohibición de prácticas que impidan la eficaz asignación de los recursos en toda la Comunidad. Los Art. 81 y 82 TCE limitan la libre iniciativa empresarial mediante la prohibición de determinados acuerdos entre empresas, limitaciones a las decisiones de asociaciones de empresas – concentraciones- y la eliminación de las prácticas concertadas que afecten al comercio entre los Estados y tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

*A priori*, la incompatibilidad entre la aplicación de las normas de competencia comunitarias (limitadoras de la libertad de empresa) y las normas de circulación comunitarias (derecho de establecimiento y prestación de servicios) es más aparente que real, pues la *ratio legis*, los principios inspiradores y el bien jurídico protegido por ellas, son diferentes aunque complementarios. Las normas sobre competencia protegen el ejercicio de la libre competencia eliminando situaciones que distorsionen o produzcan fallos en el mercado obstaculizando su correcto funcionamiento – por ejemplo, abuso de posición dominante mediante el establecimiento de una filial común por empresas de diferentes EEMM -, mientras que las normas sobre libertad de circulación y establecimiento persiguen eliminar las barreras de origen estatal que impidan el establecimiento de empresas procedente de otros EEMM sobre la base del principio de “no discriminación” y de un tratamiento igual al dispensado a los nacionales del Estado de establecimiento. Las normas de competencia, por tanto, están reservadas a las actuaciones restrictivas de la competencia realizadas por y entre empresas (efecto directo horizontal), y las normas de circulación de factores de producción, entre ellas el Derecho de sociedades europeo, están reservadas a eliminar actuaciones Estatales (efecto directo vertical) discriminatorias o restrictivas del ejercicio de la libertad de empresa comunitaria y libre circulación de mercancías, personas, servicios y

---

artículo 81 del Tratado. (DOUE C101, de 27.04.2004, págs. 97-118). La competencia *efectiva, funcional o practicable (workable competition)* es la asumida por el legislador comunitario, entendida como la dosis de competencia necesaria para alcanzar el objetivo de un mercado único en condiciones análogas a las de un mercado nacional, admitiéndose que la naturaleza e intensidad de la competencia puede variar en función de los productos o servicios de que se trate y de la estructura económica de los mercados sectoriales afectados. (STJCE de 25 octubre de 1977, *Metro SB-Grossmärkte GMBH et Co KG/Commission*, as.26/76, Rec., pág. 1875).

capitales.<sup>52</sup> La jurisprudencia reconoce la incompatible aplicación simultánea de ambas normas de competencia y libre circulación, pero ello no impide que "...formen parte de un conjunto coherente de normas cuya finalidad se describe en el artículo 3 TCE. Esta finalidad es garantizar la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales entre los Estados miembros, en un mercado de libre competencia. .... Sin las normas sobre libre circulación y competencia resultaría imposible alcanzar el objetivo fundamental de la Comunidad de tener un mercado común que funcione"<sup>53</sup>.

### C. El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Las libertades comunitarias son los "auténticos pilares del mercado interior y de la Europa de los ciudadanos"<sup>54</sup>. La libertad de establecimiento y libre prestación de servicios<sup>55</sup>, "piedra angular"<sup>56</sup> del edificio comunitario, garantizan la libertad de

---

<sup>52</sup> Vid. STJCE de 10 de enero de 1985, *Lecler*, C-229/83, Rec. pág. 1. El Tribunal considera restricción a la libre circulación de mercancías, la legislación nacional que establecía el sistema de fijación de precios de libros para la venta en comercio minorista por medio del importador o del editor, y por tanto, no quedaba encuadrada en el supuesto del artículo 81 TCE, reservados a las actuaciones restrictivas de la competencia realizadas por y entre empresas u otros operadores privados del mercado y no, como en este supuesto, debido a la aplicación de una legislación nacional. La misma argumentación, por vía de excepción, utilizada STJCE de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. pág. I 4921.

Vid. Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Poiares Maduro, de 23 de mayo de 2007, *Viking Line*, C-438/05, apartado 41, "El ámbito de aplicación de las normas sobre circulación se extiende a toda acción u omisión del Estado capaz de impedir o de hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades de circulación", disponible en <http://curia.europa.eu>.

<sup>53</sup> Vid. Conclusiones del Abogado General, Sr. M. Poiares Maduro, de 23 de mayo de 2007, *Viking Line*, Asunto C-438/05, apartados 32-33. <http://curia.europa.eu>

<sup>54</sup> Vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado interior...*, ob.cit., pág. 20; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único ...*, ob. cit., 2003, pág. 29

<sup>55</sup> Cfr. Artículos 43 a 48 TCE régimen jurídico del derecho de establecimiento y los artículos 49 a 55 TCE para la prestación de servicios. Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Libertad de establecimiento y derecho de sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Tecnos, 1988; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil...*, ob. cit., 1995, pags. 109-251; PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El mercado interior...*, ob. cit., 2004, págs. 83-193; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "El derecho de ..." , ob.cit., 2000, págs.107-136; PELLICER ZAMORA, R. C., "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios", AAVV, Dir. ILLESCAS ORTIZ, R./MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., *Derecho Comunitario Económico (volumen I). Las libertades Fundamentales*,

empresa en el Mercado interior, mediante el acceso, sin discriminaciones nacionales, a actividades no asalariadas y su ejercicio y la participación en la constitución y gestión de empresas y/o sociedades, protegiendo a los beneficiarios de cualquier atentado contra estas libertades por parte de los Estados miembros<sup>57</sup>.

Se reconoce la identidad formal, material y personal en ambas libertades, “...los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros EEMM como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse ...”<sup>58</sup>.

Desde el punto de vista formal, las dos libertades se regulan en el Título III “Libre circulación de personas, servicios y capitales” de la Tercera parte del TCE dedicado a las “Políticas de la Comunidad” (Título IV TFUE). El Capítulo 2 (Arts. 43 a 48 TCE<sup>59</sup>) dedicado al Derecho de establecimiento e integrado en la libertad de circulación de personas<sup>60</sup> y la libre prestación de servicios contenida en el Capítulo 3 (Arts. 49 a 55 TCE<sup>61</sup>). Ambas libertades convergen formalmente por la remisión expresa del Art. 55 TCE a los Arts. 45 a 48 TCE, aplicables indistintamente a la libertad de establecimiento y a los servicios, con la consecuencia de quedar sometidas a las mismas limitaciones y procedimientos de realización efectiva de

---

Madrid, Colex, 2001, págs.151-211; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único...*, ob.cit., 2003, págs. 87 y ss

<sup>56</sup> Referido al derecho de establecimiento sería predicable igualmente de la libre prestación de servicios. Tal consideración es la que hace MARCEL COLOMES, *Le droit de l'établissement et des investissements dans la CEE*, Paris, J. Delmans et Cie, 1971, pág. 76, y que es recogida por ABELLÁN HONRRUBIA, V., “El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios en la CEE”, AAVV, *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1989, pág. 330.

<sup>57</sup> Vid. 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”, *RdS*, núm. 19, 2002, pág. 15.

<sup>58</sup> Vid. Considerando número 5 de la Directiva 2006/123/CE del PE y el Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. (DOUE L 376 de 27.12.2006, pág.36).

<sup>59</sup> Arts. 49 a 54 TFUE.

<sup>60</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, L.A., *Derecho mercantil ...*, ob.cit., 1995, pág. 115.

<sup>61</sup> Arts. 56 a 62 TFUE.

naturaleza idéntica o análoga. El Derecho derivado (Directivas) mantiene el mismo criterio de aplicación indistinta salvo excepciones expresas<sup>62</sup>.

Desde el punto de vista material, ambas libertades regulan el acceso a las actividades *económicas remuneradas no sujetas al régimen salarial*. El TCE aborda el concepto de “*actividades no asalariadas*” en diferentes artículos: el Art. 43 TCE en contraposición al concepto de trabajo asalariado caracterizado por la dependencia, ajeneidad y régimen salarial; el Art. 50 TCE (Art. 57 TFUE) por el sector económico afectado son actividades no asalariadas, las industriales, mercantiles, artesanales o profesiones liberales; el Art. 45 TCE (Art. 52 TFUE) desde una perspectiva política y por vía de excepción, excluye aquellas actividades que en interés de un Estado miembro estén relacionadas con el ejercicio de su poder público, o las que en interés de la Comunidad sean excluidas por el Consejo por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión.

Por último, desde el punto de vista subjetivo o personal, los sujetos beneficiarios del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios son los nacionales – personas físicas- de un Estado miembro cuando ejerzan su actividad económica o profesional en otro Estado miembro diferente al de origen (Art. 43 TCE “ *...los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro*”, y Art. 49 TCE prestación de servicios de “*...los nacionales de un Estado miembro establecidos en un país que no sea el destinatario de la prestación*”) y las personas jurídicas o sociedades definidas en el art. 48 TCE (concepto comunitario de sociedad).

*a) Concepto: criterios de delimitación formal y material*

Las empresas y las personas físicas profesionales de un Estado miembro pueden ejercer la libertad de empresa comunitaria en el mercado de otro país comunitario extranjero, de dos modos diferentes:

1) Mediante el ejercicio del derecho de establecimiento comunitario (Arts. 43 a 48 TCE) definido como, el derecho reconocido al nacional de un Estado miembro

---

<sup>62</sup> Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, relativa a la libre prestación de servicios de los abogados (DOCE L 78, de 26 marzo de 1977), señala la necesidad excepcional de adoptar medidas más articuladas que faciliten el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento.



y a las sociedades a efectos comunitarios, para ejercer una actividad económica independiente y lucrativa por medio de una instalación permanente en el territorio de otro Estado miembro en las mismas condiciones fijadas por la legislación de ese Estado para sus nacionales o, para constituir y gestionar en el territorio de otro Estado miembro empresas, sociedades, así como establecimientos secundarios (filiales, agencias y sucursales) en las mismas condiciones previstas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, ó

2) Mediante la libre prestación de servicios (arts. 49-55 TCE) definida como, el derecho reconocido al nacional de un Estado miembro y a las sociedades a efectos comunitarios, para ejercer una actividad económica independiente, lucrativa, de carácter temporal, sin instalación permanente y no afectada por el resto de las libertades comunitarias<sup>63</sup> en el territorio de otro Estado miembro en las mismas condiciones fijadas por la legislación de ese Estado para sus nacionales.

La doctrina<sup>64</sup> siguiendo las resoluciones del TJCE y el derecho positivo, establece los criterios y caracteres de diferenciación entre ambas libertades

---

<sup>63</sup> Cfr. Art. 50.1 in fine TCE “... se considerarán como servicios ... en la medida que no se rijan por las disposiciones relativas a libre circulación de mercancías, capitales y personas.” La doctrina habla del “carácter residual” del ámbito material de aplicación de esta libertad. Vid. entre otros, PELLICER ZAMORA, R.C., “Libertad de establecimiento...”, ob. cit., pág. 163.

<sup>64</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios de las personas físicas en la Comunidad Económica Europea”, *Documentación Administrativa*, Enero-Marzo, 1980, pág. 553; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Libertad de establecimiento y derecho ...*, ob. cit., 1988, pág. 14; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, L.A., *Derecho mercantil...*, ob. cit., 1995, pág. 113; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La libertad de prestación de servicios”, AAVV, Dir. LÓPEZ ESCUDERO, M. / MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho comunitario...*, ob. cit., 2000, pág. 125; PÉREZ DE LAS HERAS, B. *El mercado interior...*, ob. cit., 2004, pág. 124; VARA DE PAZ, N., “La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios”, *RDM*, 1981, págs. 457 y ss; CAPOTORTI, F., “Le società nella comunità europea. Il Diritto di stabilimento”, Padova, CEDAM, 1975, págs. 4-21; PELLICER ZAMORA, R., “La libertad de establecimiento ...”, ob. cit., 2001, pág. 154; ALVAREZ PÉREZ, M., “Nuevas perspectivas de la libertad de establecimiento en los Estados de la Unión Europea, en particular para las sociedades”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 265, año XXIII, 2007, pág. 32; HUGO, J. G., “La libre prestation des services et la liberté d'établissement. (1er juillet 1993- 1er juillet 1994)”, *Revue Trimestrielle de droit européen*, nº 3, juillet- sep. 1994, págs. 465-472; MOLINA DEL POZO, C. F., *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*, Madrid, Trivium, 1987, pág. 353; SÁNCHEZ LORENZO, S., “El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, AAVV., *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Vol.1*,

comunitarias. La cuestión se centra en la diferenciación por el modo y forma *de ejercer la actividad económica* y por la *dimensión comunitaria de la actividad económica que condiciona a los beneficiarios de las mismas*.

a') Delimitación objetiva: modo de ejercer la actividad económica.

El Mercado interior pone a disposición del profesional o la empresa la opción económica de ejercitar su actividad económica bien en régimen de libre prestación de servicios, o bien en régimen de libertad de establecimiento. En la modalidad de prestación de servicios se reconoce el carácter temporal de la actividad económica y la ausencia de un establecimiento permanente en el país de destino, frente al derecho de establecimiento que implica la estabilidad en la actividad económica realizada y la existencia de una instalación permanente, ya sea a título principal o secundario (filial de una empresa, sucursal, agencia o mera oficina dirigida por personal propio de la empresa).

Los criterios de *habitualidad y permanencia* caracterizan el derecho de establecimiento, mientras que la *provisionalidad, la actuación ocasional sin una instalación material* son propios de la prestación de servicios. Este doble criterio temporal y material delimita *cómo se ejerce la actividad económica* bajo una modalidad u otra. La Directiva de Servicios 2006/123/CE, de 12 de diciembre, reconoce en la noción de establecimiento el *“ejercicio efectivo de una actividad económica a que se hace referencia en el artículo 43 del Tratado por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de un servicio”*<sup>65</sup>.

---

Madrid, Mc Graw Hill, 2002, págs. 451-480; VELASCO SAN PEDRO, L.A./SÁNCHEZ FELIPE, J.M., “La libertad de establecimiento de las sociedades ...”, ob. cit., 2002, págs.15-38; HATZOPOULOS, V./ THIEN UYEN DO, “The case law of the ECJ concerning the free provision of services:2000-2005”, *CML Rew*, núm. 43, 2006, pág. 927; CALVO CARAVACA, A. L. /CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Interior* ..., ob. cit., 2003, págs. 102 a 118.

<sup>65</sup> Cfr. artículo 4.4 de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior. La legislación fiscal, Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (modificada por Directiva 2003/123/CE, de 22 de diciembre de 2003), el art.2.2 establece que: *“A efectos de la presente Directiva, por establecimiento permanente se entenderá un centro de actividad fijo, situado en un Estado miembro, a través del cual se realice una parte o la totalidad de las actividades empresariales de una sociedad de otro Estado miembro, en la medida que*

No obstante, ambos criterios se definen como borrosos por la doctrina pues:

- a) La prestación de servicios puede requerir de una infraestructura material mínima difícil de diferenciar de un establecimiento permanente<sup>66</sup>, suponiendo la quiebra del criterio material.
- b) Por otro lado, la habitualidad en la prestación decae en los supuestos de servicios realizados ocasionalmente pero dilatados a lo largo del tiempo, supuesto típico de las prestaciones de los profesionales transfronterizos, en los que quiebra el criterio temporal.

Las dificultades teóricas de delimitación entre ambas libertades exigen la intervención del TJCE para cada caso concreto; sin embargo, la doctrina<sup>67</sup> reconoce la importancia de combinar los criterios temporal y material con otros. De los nuevos criterios de delimitación utilizados destacan: la importancia de la instalación en el país de destino; la autonomía de la clientela creada por el establecimiento; la voluntad concreta de los interesados que busquen la prestación ocasional y esporádica de un servicio o iniciar una relación comercial duradera en el tiempo; atender a la naturaleza de la actividad económica desarrollada como ocurre en los supuestos de prestación de servicios transnacionales de telecomunicaciones, servicios de radiodifusión y televisión, o servicios de transportes, en los que sin la necesidad imperiosa de una instalación permanente si que existe una vinculación estable y duradera en el tiempo. HATZOPOULUS Y THIEN UYEN DO<sup>68</sup> califican como “revolución” el nuevo concepto

---

*los beneficiarios del centro de actividades estén sujetos a imposición en el Estado miembro en el que esté situado en virtud de un Tratado bilateral en materia fiscal o, en su defecto, en virtud de la legislación nacional*”. Este concepto de establecimiento, y a título meramente ilustrativo por referirse a las consecuencias fiscales, contiene los mismos criterios delimitadores del establecimiento como “centros de actividad que sean fijos”, caracterizados por las nociones de permanencia, estabilidad y una inversión económica mínima en el país de destino de la prestación.

<sup>66</sup> Vid. Sentencia del TJCE de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, As. C-55/94, Rc. 1995, 1-4165.

<sup>67</sup> Vid. ÁLVAREZ PÉREZ, M., ob.cit. “Nuevas perspectivas...”, pág. 32; MOLINA DEL POZO, C.F., *Manual de Derecho...*, ob. cit., pág. 354; CEREXHE, E., *Le Droit Européen. La libre circulation de personnes et des entreprises*, Bruselas, Ed. Nauwelaers, 1982, pág. 14.

<sup>68</sup> Vid. HATZOPOULOS, V./ THIEN UYEN DO, “The case law of the ECJ ...”, ob. cit., 2006, pág. 929.

comunitario de prestación de servicios desarrollado por la jurisprudencia del TJCE, sobretodo a partir de la sentencia de 11 de diciembre de 2003 en el asunto *Schnitzer*<sup>69</sup>, donde el Tribunal abandona el criterio temporal de diferenciación a favor de un criterio más económico que considera “la naturaleza de la actividad económica prestada y la intención del prestador del servicio de establecerse con carácter permanente o no” en el Estado miembro de destino.

b’) Delimitación subjetiva: la transnacionalidad de la actividad en los beneficiarios.

La dimensión comunitaria o transfronteriza de la actividad económica desarrollada en régimen de prestación de servicios o derecho de establecimiento, condiciona los requisitos exigidos a los beneficiarios de estas libertades, ya sean personas físicas o jurídicas, provocando complejas y múltiples modalidades de ejercicio de ambas libertades. La transnacionalidad, *situación auténticamente internacional*<sup>70</sup>, es el presupuesto obligado en el ejercicio de cualquier libertad comunitaria. El TJCE<sup>71</sup> reconoce expresamente la incompatibilidad de la normativa comunitaria con situaciones meramente internas sujetas exclusivamente a la normativa nacional.

---

<sup>69</sup> Vid. STJCE de 11 de diciembre 2003, *Schnitzer*, C-215/01, (2003) Rec. p. I-14847. En el párrafo 30 establece que ..“el concepto de servicio en el sentido del Tratado puede abarcar servicios de muy distinta naturaleza, incluidos los servicios cuya prestación se efectúa durante un periodo prolongado, incluso de varios años, por ejemplo cuando se trata de servicios prestados en el marco de la construcción de gran edificio. Asimismo, pueden constituir servicios en el sentido del Tratado, las prestaciones que un operador económico establecido en un Estado miembro realiza de manera más o menos frecuente o regular, incluso durante un periodo prolongado, para personas establecidas en uno o varios Estados miembros, como por ejemplo una actividad remunerada de asesoramiento o consulta”.

<sup>70</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, L. A., *Derecho mercantil ...*, ob. cit., 1995, pág. 117; BLANCO MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional...*, ob. cit., 1997, pág. 147; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único...*, ob. cit., 2003, págs. 113 y 114.

<sup>71</sup> Vid. entre otras, STJCE de 18 de marzo de 1980, *Procureur du Roi/Debaue (Coditel I)*, as. 52/79, Rec., pág. 833; STJCE de 16 de enero de 1997, *USL di Biella/Nail*, C-134/95, Rec., pág. I-195; STJCE de 9 de septiembre de 1999, *RI.SAN Srl/Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA, Ischia Ambiente SpA*, STJCE de 21 de octubre de 1999, *Peter Jägerskiöld/Torolf Gustanfsson*, C-97/98, Rec., pág. I-7319.

La clasificación de las modalidades de ejercicio de la prestación de servicios y derecho de establecimiento según la transnacionalidad de la actividad desarrollada por el beneficiario, es:

1. En la libre prestación de servicios se diferencia entre:
  - Libre prestación de servicios activa: cuando el prestador del servicio y beneficiario de esta libertad se desplaza temporalmente desde su Estado de residencia a otro Estado miembro en el que realiza la prestación. Supuestos del profesional liberal –abogado– que asisten a sus clientes de otros países comunitarios trasladándose a tales países.
  - Libre prestación de servicios pasiva: cuando el usuario o destinatario de la prestación se traslada desde su país de origen a otro Estado miembro donde radica el establecimiento del prestador del servicio (Por ejemplo, las operaciones de cirugía practicadas en España a favor de los nacionales de otros Estados miembros).
  - Libre prestación de servicios sin desplazamientos: cuando se produce el desplazamiento internacional del servicio, sin traslado de un país a otro ni del prestador ni del usuario. Supuestos en los que se incluyen las actividades de telecomunicaciones, Internet, radiodifusión, publicidad en TV, prensa o radiofónica, la banca telefónica, etc.
2. En el ejercicio del derecho de establecimiento se diferencia entre:
  - El derecho reconocido a los nacionales de un Estado miembro (persona física) que se instala en otro Estado miembro para la realización de una actividad económica remunerada y no asalariada, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en el que se establece, o
  - El derecho reconocido a las personas físicas y jurídicas para crear, constituir y gestionar empresas y/o sociedades en otros Estados miembros diferentes al de origen. El establecimiento del nacional de un Estado miembro a través de la gestión de una empresa ya establecida en otro Estado de la UE puede realizarse, por ejemplo, mediante la toma de su control o participación en la misma, como consecuencia de una oferta pública o de un intercambio de acciones. El derecho a establecerse puede ejercerse: mediante un establecimiento principal, o un establecimiento

secundario (filial, sucursal, agencia, oficina o cualquier otro admitido por los Ordenamientos nacionales).

*b) Contenido del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios.*

El contenido de la libertad de establecimiento y prestación de servicios se concreta en el ejercicio de actividades económicas independiente en el mercado interior. El ejercicio efectivo y real de ambas libertades presupone la existencia de unos derechos básicos cubiertos por el Derecho comunitario, como son: el derecho de desplazamiento, estancia y establecimiento en los países comunitarios; y el derecho de libre acceso al ejercicio de la actividad económica independiente, sin discriminación o restricciones por razón de la nacionalidad o residencia.

*a') Derecho de desplazamiento y estancia en el territorio comunitario.*

El derecho de desplazamiento y estancia en el territorio comunitario, carece de regulación específica en el TCE y su régimen jurídico está fijado a través de varias Directivas<sup>72</sup>: Directiva 73/148/CEE de 21 de mayo 1973 sobre la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia de los ciudadanos de los Estados miembros en el interior de la Unión Europea en materia de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios; la Directiva 75/34/CEE del Consejo de 17 de diciembre de 1974, sobre el derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercitado en él una actividad por cuenta propia; y las Directivas 93/96/ CEE del Consejo de 29 de octubre 1993 relativa al derecho de residencia de los estudiantes, la 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio 1990 sobre el derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional y la 90/364/ CEE del Consejo, de 28 de junio 1990 sobre el derecho de residencia en general. Todas ellas encaminadas a eliminar las restricciones y armonizar los controles nacionales (tarjetas de estancia, permisos de residencia) exigidos a los ciudadanos europeos en el interior de la Unión Europea siguiendo el principio de no discriminación.

---

<sup>72</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado interior ...*, ob. cit., 2003, págs. 135-140.

b') Libre acceso al ejercicio de la actividad.

El régimen jurídico del derecho de libre acceso al ejercicio de una actividad económica independiente diseñado en el TCE y desarrollado por Directivas, está encaminado a suprimir las restricciones nacionales a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios que consistan en discriminaciones de los extranjeros de otros países comunitarios<sup>73</sup>. El derecho originario establecía un calendario progresivo de eliminación de barreras y obstáculos para acceder a sectores específicos como los servicios de transporte, banca<sup>74</sup>, seguros<sup>75</sup> (art. 51 TCE) o profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas (art. 47.3 TCE), que incluía, entre otras, medidas encaminadas a la homologación y reconocimiento mutuo de títulos necesarios para el ejercicio de actividades profesionales.

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el Mercado interior<sup>76</sup> (Directiva de Servicios) supone el cambio de estrategia legislativa en materia de libertad de

---

<sup>73</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado interior ...*, ob. cit., 2003, págs. 140-200. Con abundante referencia jurisprudencial.

<sup>74</sup> Entre otras, Directiva 2008/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. *DO L 76 de 19.3.2008*, págs. 46/47; Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE. *DO L 319 de 5.12.2007*, págs. 1/36; Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades. *DO L 275 de 27.10.2000*, págs. 39/43;

<sup>75</sup> Entre otras, Directiva 2008/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 92/49/CEE del Consejo sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. *DO L 81 de 20.3.2008*, págs. 69/70; Directiva 2008/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE, relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. *DO L 81 de 20.3.2008*, págs. 40/41

<sup>76</sup> DOUE L -376, de 27.12.2006, págs. 36-68.

establecimiento y prestación de servicios, abandonando la tradición de armonización sectorial de actividades, para acoger la técnica de una ley marco con disposiciones de carácter general que eliminen las fronteras jurídicas y no jurídicas<sup>77</sup> (terminología utilizada por la Comisión en su Informe “Estado del mercado interior de servicios; informe presentado en el marco de la primera fase de la estrategia para mercado interior de servicios”<sup>78</sup>). Las pretensiones generalistas de esta Directiva encuentran tres tipos de limitaciones: la primera de ámbito material o competencial<sup>79</sup>, excluyendo materias propias de Derecho Penal, Laboral, Ordenación del territorio, Urbanismos, Fiscal, etc.; en segundo lugar, las limitaciones sectoriales que excluye expresamente del ámbito de aplicación de la Directiva las actividades con reglamentación especial<sup>80</sup>; y por último, la limitación general impuesta por el TCE derivada de la noción de actividad económica independiente, que excluye del ámbito de aplicación de ambas libertades los sectores que no son necesarios para la construcción del Mercado interior – los servicios no económicos o sociales-, o representen intereses *muy sensibles* de los Estados miembros: como las actividades ligadas al ejercicio de la autoridad pública (art. 45.1 TCE) y las actividades excluidas por razones “*imperiosas de interés general*”, abarcando las nociones de orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido del art. 46 y 55 TCE ampliamente desarrolladas por la Jurisprudencia del TJCE relativa al derecho de establecimiento y la prestación de servicios.<sup>81</sup>

c’) Derecho de establecimiento y Derecho societario europeo.

El contenido común del derecho de establecimiento y libre prestación de servicios, quiebra en el Derecho societario europeo, cuyas normas afectan exclusivamente a la libertad de establecimiento de las sociedades y persiguen

---

<sup>77</sup> Fronteras jurídicas como la falta de información y formación de los usuarios y prestadores en relación a las libertades comunitarias y el mercado interior. Las fronteras no jurídicas se relacionan con las dificultades lingüísticas y de orden cultural.

<sup>78</sup> COM (2002) 441 final, Bruselas, 30.07.2002.

<sup>79</sup> Vid Considerando 9 a 16 Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006.

<sup>80</sup> Vid. Art. 2. 2 apartados b) servicios financieros, c) servicios y redes de comunicaciones electrónicas, d) servicios de transporte, e) servicios de empresas de trabajo temporal, f) servicios sanitarios, g) servicios audiovisuales, h) actividades de juego, k) servicios de seguridad privada, l) servicios prestados por notarios y agentes judiciales, de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006.

<sup>81</sup> Vid. Considerando 40 y 41 Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único ...*, ob. cit., págs. 157-173.



proteger eficazmente los intereses de los terceros y de los accionistas estableciendo condiciones “igualitarias” de constitución y funcionamiento de las sociedades para garantizar la *par conditio concurrentium* en el Mercado interior<sup>82</sup>. El Art. 44.1 g) TCE<sup>83</sup> constituye la base legislativa de las Directivas de sociedades, “*coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48, para proteger los intereses de socios y terceros*”.

#### **D. Límites a la movilidad intracomunitaria de las sociedades en el Mercado común.**

La actividad comercial internacional<sup>84</sup> se caracteriza por la movilidad geográfica internacional de los centros de producción y gestión empresarial, motivada por criterios de diversa índole ya sean económicos (búsqueda de nuevos mercados), legales (ajustar el marco legal a las necesidades de la sociedad, estrategia de evasión normativa), estructurales (concentración, escisión, grupos de empresas), fiscales (búsqueda de la rentabilidad financiero-fiscal) o incluso políticos (elusión de políticas gubernamentales expropiatorias). Son operaciones societarias afectadas por Ordenamientos nacionales diversos (país de origen y destinatario), donde el riesgo de deslocalización societaria puede desarrollar actitudes proteccionistas por parte de los Estados implicados, en perjuicio de la libre circulación de las sociedades.

El régimen jurídico del derecho de establecimiento es la respuesta de los Ordenamientos nacionales e internacionales<sup>85</sup> a las demandas de libertad de

---

<sup>82</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único ...*, ob. cit., pág. 124.

<sup>83</sup> Art. 50 TFUE.

<sup>84</sup> Vid. BLANCO- MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional...*, ob. cit., 1997, pág. 145.; PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio...*, ob.cit., 2006, págs.19-24; WENZ, M., “Grenzüberschreiten Sitzverlengung”, Theisen, M.R. y Wenz, M. (eds), *Die Europäische Aktiengesellschaft. Recht., Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE)*, Stuttgart, Schäffer-Poeschel, 2002, págs. 171-245.

<sup>85</sup> Vid. MUCHLINSKI, P./GÓMEZ PALACIO, I., “Admission of investment and right of establishment”, draft 10 february 2006. Trabajos desarrollados por el Comité para las Inversiones extranjeras y derecho Internacional de la Asociación Internacional del Derecho (ILA), creado en mayo de 2003, con el objetivo de estudiar tanto los aspectos

circulación de las empresas y sociedades, creando el marco legal donde únicamente los factores económicos, y no otros condicionantes de carácter técnico-jurídico<sup>86</sup>, sean los determinantes en la elección del lugar de establecimiento de las sedes empresariales y sociales. El operador económico debe poder ejercer su actividad “...allí donde los factores de producción, las infraestructuras y los demás elementos necesarios para la misma, presenten una relación de costes más ventajosa<sup>87</sup>”. El contenido del Art. 43 TCE garantiza la constitución y gestión de sociedades (a título principal o secundario) en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus nacionales, pero no regula los supuestos de movilidad intracomunitaria societaria que pueden desencadenarse como consecuencia del traslado de la sede estatutaria, de la administración central o del centro de explotación principal de una sociedad ya constituida, o incluso los supuestos que de forma indirecta, como en las fusiones transfronterizas, suponga el traslado del domicilio social de un Estado a otro.

La movilidad transfronteriza de la sede social (o traslado internacional del domicilio social) es una operación societaria sujeta a normas de conflicto de Derecho Internacional Privado y Derecho societario, con consecuencias jurídicas de diferente calado que afecta a la nacionalidad de las sociedades, al reconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad por el Ordenamiento jurídico de otro Estado y a la determinación de la *lex societatis*. Las operaciones de reestructuración empresarial intracomunitaria –fusiones o escisiones transfronterizas – también se desenvuelven en la esfera jurídica de más de un Ordenamiento y tienen en común con el traslado de la sede social la puesta en riesgo de los intereses de los socios y de los terceros, no obstante, se trata de instituciones jurídicas diferenciadas que responden a principios y reglas diferentes y una naturaleza jurídica distinta<sup>88</sup>. (Ahora bien, si la diferenciación

---

sustantivos como de procedimiento que regula las leyes nacionales sobre inversiones extranjeras. Disponible en [http://www.ila-hq.org/html/layout\\_committee.htm](http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm).

<sup>86</sup> Vid. BLANCO MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional...*, ob.cit., pág. 53. *Efecto Delaware*: efecto desregulador del derecho societario de un Estado con el objetivo de atraer a inversores y facilitarles la constitución de sociedades con arreglo a su legislación.

<sup>87</sup> Vid. BLANCO- MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional...*, ob.cit., 1997, pág. 146.

<sup>88</sup> PÉREZ MILLA, J.J., *Fusión internacional de sociedades anónimas en el espacio jurídico europeo*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 61-68; GARCIMARTÍN ALFEREZ, F., “Directiva del

entre ambas instituciones jurídicas –cambio del domicilio social al extranjero y fusión internacional- se sustentaba, acertadamente, sobre regímenes jurídicos diversos de nuestro Derecho positivo, esta situación puede ser reconsiderada tras la entrada en vigor de la Ley 3/2009 de 3 abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que unifica y amplía el ámbito de las modificaciones estructurales e incluye la regulación del traslado internacional del domicilio social en el mismo texto legal).

Las posibles lagunas al derecho de establecimiento societario del Art. 43 TCE en el mercado común, se colman con las previsiones del Art. 293 TCE<sup>89</sup>, así: *“Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario negociaciones entre sí, a fin de asegurar, a favor de sus nacionales: .... -El reconocimiento recíproco de las sociedades definidas por el párrafo segundo del artículo 48, el mantenimiento de la personalidad jurídica en el caso de traslado de su sede de un país a otro, y la posibilidad de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes...”*. No obstante, únicamente se utilizó esta vía convencional en materia societaria en el Convenio sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas morales de 29 de febrero de 1968<sup>90</sup> que nunca entró en vigor.

---

Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital”, *RdS*, núm. 27, págs. 435 y ss.; BLANCO MORALES LIMONES, P., *La transferencia.....*, ob. cit., 1997, págs. 34-35. Ver además, la redacción anterior de los Art. 149.2 LSA y 72.2 LSRL para los supuestos de cambio del domicilio social y Arts. 233 a 251 LSA y Art. 94 LSRL para los supuestos de fusión de sociedades de capital, a la entrada en vigor de la Ley 3/2009, de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles – LME- (BOE de 4 de abril de 2009).

<sup>89</sup> Artículo derogado por el Tratado de Lisboa.

<sup>90</sup> Completado por el Protocolo sobre la interpretación por la Corte de Justicia del Convenio de 29 de febrero de 1968 sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y de las personas morales, firmado en Luxemburgo el 3 de junio de 1971; y la Declaración de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, de 17 de diciembre de 1973, relativa a la eliminación de las barreras jurídicas que se oponen a la aproximación de las empresas.(DO C 117 de 31 de diciembre de 1973). Convenio ratificado por Bélgica en 1973, Alemania en 1972, Francia en 1971, Italia en 1975 y Luxemburgo en 1973 y Holanda nunca lo ratificó, que establecía un tratamiento diferenciado según el tipo societario: para las sociedades mercantiles, civiles y cooperativas, reconocía la personalidad jurídica de las constituidas de conformidad con la legislación de un Estado contratante, siempre que tuvieran su sede estatutaria en los territorios a los cuales se les aplicara el presente Convenio, esto es, a los Estados Miembros.

La efectiva aplicación del derecho de establecimiento en la etapa del mercado común, se enfrenta a dificultades fruto de la disparidad de legislaciones nacionales<sup>91</sup> sobre reconocimiento de sociedades extranjeras, la *lex societatis* aplicable a las actividades transfronterizas de las sociedades, tratamiento diverso en materia de traslado del domicilio social al extranjero y fusiones internacionales. El reconocimiento de la personalidad jurídica y la *lex societatis* se vinculan con la nacionalidad<sup>92</sup> de las sociedades y las dos teorías básicas (sede real –*Sitztheorie*- y constitución –*Gründungstheorie*-) vigentes en los Ordenamientos nacionales, de tal manera que, el traslado intracomunitario del domicilio social sólo sería efectivo cuando el Estado de acogida reconociera la personalidad jurídica de la sociedad migrante y su *lex societatis*, de otro modo, la sociedad debería extinguirse en el Estado de origen para constituirse de nuevo en el Estado de establecimiento. Respecto de las fusiones transfronterizas, la Tercera Directiva de Sociedades (1978) armonizadora de la regulación material de los Derechos nacionales sobre fusiones internas de Sociedades anónimas, no conlleva el establecimiento de una regulación homogénea en todos Estados miembros, manteniéndose divergencias importantes que impiden la realización del “elemento transfronterizo” y requieren soluciones específicas como las intentadas con la propuesta de Décima Directiva de Sociedades de 14 de enero de 1985 y su

---

<sup>91</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./ CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil ...*, ob.cit., 1995, págs. 152-153.

<sup>92</sup> Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., “La nacionalidad de la Sociedad Anónima”, *RdS*, núm.1, 1993, págs. 45-60; GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades...*, ob. cit., pág. 321; VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Nacionalidad y domicilio (traslado al extranjero)”, AAVV., Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 545-555 y 793-796; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad de la SE. Traslado internacional de domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE”, AAVV., *La Sociedad Anónima Europea ...*, ob. cit., 2004, pág.122. Teoría de la sede (*Sitztheorie*): las sociedades se registrarán por la legislación del lugar donde tengan su sede social efectiva –lugar donde realizan sus actividades económicas principales-; Teoría de la constitución o incorporación (*Gründungstheorie*): se aplica la legislación del lugar de constitución de la sociedad, siendo indiferente donde establezca su sede social efectiva. Los ordenamientos jurídicos belga, francés, luxemburgués, alemán, austríaco, griego, portugués, austriaco, español, rumano, e italiano se atienen a la teoría de la sede real. Países adscritos a la teoría de la constitución son: Reino Unido, Dinamarca, Países Bajos, Irlanda, Suecia y Finlandia

antecesor Proyecto de Convenio sobre fusión internacional de sociedades anónimas de 1973<sup>93</sup>.

Las soluciones a la efectiva movilidad intracomunitaria societaria se reservan a la jurisprudencia contradictoria del TJCE y al Derecho societario internacional de los Estados miembros durante la etapa del mercado común, para cambiar de estrategia en la etapa del Mercado interior donde el Derecho de Sociedades Europeo asume la regulación de estas operaciones con nuevas propuestas de Directivas<sup>94</sup> influenciadas en parte, por el Reglamento comunitario sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

a) Alcance del artículo 48 TCE: Teoría de la sede y teoría de la constitución.

El Art. 48 TCE ha suscitado el debate, con interpretaciones opuestas por parte de la doctrina<sup>95</sup>, sobre la personalidad jurídica societaria en los supuestos de movilidad intracomunitaria y su alcance estrictamente material o como norma de conflicto y reconocimiento por tanto de la *lex societatis*.

El párrafo primero del Art. 48 TCE delimita el ámbito de aplicación subjetivo de la libertad de establecimiento de las sociedades exigiendo el cumplimiento de dos requisitos<sup>96</sup>: primero, la constitución de conformidad con la

---

<sup>93</sup> Vid. PÉREZ MILLA, J.J., *Fusión internacional ...*, ob. cit., págs. 31- 36.

<sup>94</sup> *Proposal for a fourteenth European Parliament and Council Directive on the transfer of the registered office of a company from one Member State to another with change of applicable law*, XV/D2/6002/97-EN REV.2; Décima Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DOCE L 310, de 25 de noviembre de 2005).

<sup>95</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Balance y perspectivas de los sistemas de determinación de la *Lex societatis*", AAVV., *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, págs. 205; GOLDMAN, B., LYON CAEN, A. Y VOGEL, L., *Droit commercial européen*, Paris, 1994, págs. 89-96; VELASCO SAN PEDRO, L.A. / SÁNCHEZ FELIPE, J.M., "La libertad de establecimiento en la U.E...", ob. cit. pág. 19. SÁNCHEZ LORENZO, S., "El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario", AAVV., *Derecho de Sociedades, Vol. I, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, McGrawHill, 2002, pág. 454; CALVO CARACAVA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea", *RdS*, núm.28, 2007, págs. 59-100.

<sup>96</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Sociedades mercantiles: libertad de ...", ob. cit., 2007, pág.64.; SANCHO VILLA, D., "La dudosa compatibilidad con el Derecho Comunitario de la construcción del Tribunal de Justicia de la Comunidad

legislación de un Estado miembro; y segundo, la sociedad debe tener su sede social, su administración central o su centro de actividad principal en uno de los Estados Miembros. Esta redacción respeta los dos modelos nacionales de la teoría de la constitución (*Gründungstheorie*) y la sede real (*Sitztheorie*) al admitir los mismos “puntos de conexión” de constitución y sede efectiva en un Estado miembro.

La *teoría de la sede real (Sitztheorie)*<sup>97</sup>, formulada por la doctrina germana y francesa en la primera mitad del siglo XIX, vincula la nacionalidad<sup>98</sup> de las sociedades y por tanto su *lex societatis*, con el Ordenamiento jurídico con el que presenta mayor vinculación económica y jurídica. La idea fundamental se centra en “estimar que el domicilio es la única circunstancia que establece un vínculo efectivo de relación entre la sociedad mercantil y la organización soberana, por lo que él debe ser el único elemento que deba tomarse en consideración para señalar el carácter nacional de una sociedad”, y por tanto su sometimiento al Derecho de ese Estado. Una formulación de este tipo limita la autonomía de la voluntad de los socios

---

Europea en la Sentencia Centros Ltd”, *La Ley.Unión Europea*, núm. 4938, 1999, págs. 1-8, Partidarios de no exigir condiciones adicionales, a diferencia de SÁNCHEZ LORENZO, S., “El derecho de establecimiento ...”, *ob.cit.*, 2002, págs. 458-463; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A., *Derecho mercantil ...*, *ob.cit.*, 1995, págs. 152-158, exigen un elemento adicional como “la vinculación efectiva con la economía de un Estado miembro” o “lazos efectivos y continuos con la economía de alguno de los Estados miembros”.

<sup>97</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Balance y perspectivas .....”, *ob. Cit.*, pág. 205; GOLDMAN, B./LYON CAEN, A. / VOGEL, L., *Droit commercial européen*, Paris, 1994, pags. 89-96; VELASCO SAN PEDRO, L.A./SÁNCHEZ FELIPE, J.M., “La libertad de establecimiento en la U.E.....” *ob.cit.*, pág. 19. SÁNCHEZ LORENZO, S., “El derecho de establecimiento secundario de las sociedades ficticias en el ámbito comunitario”, AAVV., *Derecho de Sociedades, Vol. I, Libro Homenaje a F. Sánchez Calero*, Madrid, Mc Graw Hill, 2002, pág. 454. Los ordenamientos jurídicos belga, luxemburgués, alemán, griego, portugués, austriaco e italiano adscritos a la teoría de la sede real.

<sup>98</sup> Vid. LOUSSOUARN, Y. / TROCHU, M., “La nationalité des sociétés”, *J-Cl. Dr. Int. Fasc* 564-10, 1995, pag. 11-15; GROSSFELD, B. “Internationales und Europäisches Unternehmensrechts”, Heidelberg, 1995, pág. 38; SANDROCK, O., “Sitztheorie, Überlagerungstheorie un der EWG-Vertrag: Wasser öl und Feuer”, *RIW* 1989, págs 503-513; BERHRENS, P., “Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion ubre die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit in Europäischen Binnemarkt (Art. 52 un 58 EWGV)”, *ZGR*, 1-1994, pág. 6; BLANCO MORALES LIMONES, P., *La Transferencia internacional...*, *ob. cit.*, págs. 65- 66., Para quen los defensores de la tesis de sede real caen en el “error lógico” de denominar nacionalidad a la sede social, que da pie al debate acerca si las personas jurídicas tienen o no una nacionalidad.

o fundadores a la hora de elegir libremente el Ordenamiento jurídico que más les pudiera convenir en la constitución de sus sociedades y simultáneamente, evita que los socios eludan el Ordenamiento jurídico del Estado al que realmente debieran quedar vinculados por desarrollar en el mismo la actividad de la empresa. La defensa del Derecho del Estado en el que se encuentra la sede real o efectiva de la sociedad, responde a los intereses del Estado y proporciona garantías jurídicas suficientes para un tratamiento homogéneo en la protección de los intereses de los acreedores sociales, socios inversores y trabajadores (cuestión ésta última que es clave en el modelo alemán de cogestión empresarial). La teoría de la sede real o efectiva se fundamenta y justifica en última instancia, por su carácter tuitivo y proteccionista de los intereses del tráfico económico del Estado en el que se desarrolla la actividad empresarial, de tal suerte que se asegura la no discriminación entre las sociedades nacionales y extranjeras al obligar por igual a todas las que desarrollan sus actividades en su territorio; pero esta teoría también sustenta limitaciones a la movilidad y libre circulación de empresas, que se ven obligadas ante los supuestos de cambio del domicilio, sede real o sede de explotación, a disolver y a liquidar las sociedades en el Estado de origen para constituirse de nuevo conforme al Ordenamiento jurídico de destino.

En los países de tradición anglosajona<sup>99</sup> adscritos a la *teoría de la constitución o de la incorporación (Gründungstheorie)*, la *lex societatis* es la ley de constitución o incorporación que supedita la creación de la sociedad al acto de inscripción en un Registro de sociedades, con independencia del lugar en el que esté situada la sede real o efectiva de la sociedad. La sede estatutaria se sitúa dentro del territorio del Estado conforme al cual la sociedad se constituye y adquiere su personalidad jurídica. Las normas de conflicto de los países adscritos a esta teoría se caracterizan por el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades extranjeras o constituidas de conformidad con otro Ordenamiento jurídico que a la postre es su *lex societatis*. En la teoría de la incorporación prevalece la autonomía y voluntad de los socios fundadores, salvo lógicas limitaciones impuestas por el tipo societario elegido en la fase contractual y constituyente de la misma. Las críticas a esta teoría se han centrado en el *síndrome Delaware*<sup>100</sup> o efecto deslocalizador de las sedes societarias, en la disociación entre el centro de gravedad de la

---

<sup>99</sup> Dentro del entorno europeo los países que tradicionalmente han seguido la doctrina de la constitución son Reino Unido, Dinamarca, Países Bajos, Irlanda, Suecia y Finlandia; BEHRENS, P., "Die Umstrukturierung von Unternehmen durch ...", ob.cit. pág. 5.

<sup>100</sup> Vid. BLANCO MORALES LIMONES, P., *La transferencia internacional...*, ob.cit., pág. 53.

sociedad y el ordenamiento que la rige, y los efectos perniciosos de la competencia entre ordenamientos jurídicos (“*race to the bottom*”), que conduce hacia legislaciones cada vez más laxas y menos restrictivas en detrimento de aquellas legislaciones más estrictas y exigentes justificadas por la protección de los intereses de los acreedores, socios minoritarios, trabajadores y en todo caso, los intereses del propio Estado que pudiera ejercer un control directo o indirecto sobre la mismas. Pese a las críticas, la virtualidad de esta teoría de la constitución o de la incorporación (término incorporación propio de la tradición legislativa anglosajona) reside en la seguridad jurídica que ofrece al tráfico mercantil, asegurando el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad migrante y determinación de su *lex societatis*, aunque ello pueda incidir negativamente sobre el principio de justicia distributiva<sup>101</sup>, al quedar las entidades registradas o incorporadas en aquellos Estados donde la legislación sea más favorable, aunque las actividades se realicen en otros Estados donde realmente consumen los recursos y utilizan los servicios públicos.

Parte de la doctrina, reconoce únicamente la naturaleza material<sup>102</sup> del Art. 48 TCE al delimitar, por analogía con las personas físicas, el ámbito de aplicación subjetivo de la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios de las personas jurídicas. Los requisitos materiales exigidos – constitución y vinculación efectiva continuada con el territorio comunitario – son necesarios y no solo formales. El mero cumplimiento formal de las condiciones del precepto no permite deducir el reconocimiento implícito de la personalidad jurídica de la sociedad, ya que se desplazaría absolutamente la teoría de la sede real efectiva a favor de la teoría de constitución. Esta postura doctrinal se justifica por congruencia del propio sistema legislativo que reserva el reconocimiento de la personalidad jurídica

---

<sup>101</sup> Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E./FRANCH FLUXÁ, J., “La transferencia de la residencia fiscal de las sociedades y libre establecimiento. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del TJCE y del Reglamento de la Societas Europaea”, *Quincena fiscal de Aranzadi*, núm. 17, 2005, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es). Ref. BIB.2005/2003. pág.18.

<sup>102</sup> Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S., “El derecho de establecimiento...” en ob. cit., pág. 459; BLANCO MORALES LIMONES, P., *La transferencia...*, ob. cit., pág.173; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, *Derecho mercantil...*, ob. cit., 1995, págs. 156 y ss; CALVO CARAVACA, L.A./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sociedades mercantiles...”, ob. cit., pág. 64, SANCHO VILLA, D., “La teoría de la sede y el Derecho Comunitario: a propósito de la sentencia Centros”, *Reei*, núm.2 /2001. [www.reei.org](http://www.reei.org).



a la vía Convencional del Art. 293 TCE, y está avalada por la jurisprudencia del TJCE (*Daily Mail* de 1988).

La línea doctrinal que aboga por el carácter conflictual<sup>103</sup> del artículo 48 TCE, afirma que constituida la sociedad conforme a la legislación de un Estado miembro, es suficiente la localización de la sede estatutaria, de administración o de explotación dentro de la Unión, para que pueda beneficiarse de la libertad de establecimiento en todo el territorio de la Unión. El “*principio de reconocimiento mutuo*” de esta construcción permite a las sociedades constituidas en un Estado miembro ser reconocidas en todos los demás; se reconoce la *lex societatis* conforme a la ley de su constitución. Partidarios de la teoría de la constitución, admiten excepciones a la regla general siempre que sean objetivamente justificables y proporcionales, como los supuestos de protección de los derechos de cogestión de los trabajadores donde se acudiría a la *lex loci laboris*, o supuestos de protección de la confianza de los terceros a través del levantamiento del velo social.

La labor interpretadora e integradora del TJCE ha resultado decisiva en la valoración de estas posturas doctrinales y en el posterior desarrollo legislativo del Derecho de Sociedades Europeo.

b). *La aportación jurisprudencial del TJCE a la movilidad intracomunitaria de las sociedades.*

Las aportaciones jurisprudenciales relativas a la movilidad intracomunitaria societaria como cuestión principal, sin ser abundantes, han tenido una amplia repercusión en el Derecho societario europeo. Entre ellas destacan:

1) Sentencia *Daily Mail* de 27 de septiembre de 1988<sup>104</sup>, donde el Tribunal se enfrenta como cuestión principal, al derecho de establecimiento de sociedades, en relación con el traslado de la sede social de un Estado miembro a otro y cuestiona el efecto directo de las normas del Tratado (Arts. 43 y 48 TCE). En el supuesto de

---

<sup>103</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios”, *Reii*, núm. 1/2001, disponible en <http://www.reii.org>. Con abundante referencia bibliográfica, entre la que destaca, por todos, los trabajos de BEHRENS.

<sup>104</sup> STJCE 27 de septiembre 1988, *The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue – ex parte Daily Mail and General Trust plc*, 81/87, Rec. Pag. 5483.

hecho, una sociedad holding inglesa (Daily Mail and General Trust PLC) pretendía trasladar su sede a los Países Bajos, con la finalidad de eludir el pago de los impuestos que generarían las plusvalías obtenidas por la venta de sus títulos en el Reino Unido. El TJCE se aleja de la práctica anterior de ajustarse a las circunstancias concretas del supuesto y realiza un pronunciamiento general sobre el traslado de la sede de una sociedad de un Estado a otro. Reconoce el efecto directo de los artículos 43 y 48 TCE, pero lo niega para las personas jurídicas al recordar la exigencia del Convenio entre los Estados miembros (Art. 293 TCE) de reconocimiento mutuo de la personalidad jurídica de las sociedades y la inexistencia de Directivas que desarrollasen este punto. El TJCE reconoce la prevalencia de las normas de conflicto nacionales sobre el Derecho Comunitario.

2) Sentencia *Centros* de 9 de marzo de 1999<sup>105</sup>, donde se plantea como cuestión prejudicial, la compatibilidad de la libertad de establecimiento del Art. 43 TCE en relación con los artículos 46 y 48 TCE, ante la negativa de las Autoridades danesas a inscribir una sucursal de una sociedad legalmente constituida en otro Estado miembro (sociedad inglesa Centros Ltd). El TJCE reconoce el derecho a constituir sociedades y sucursales de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, como inherente al ejercicio de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado; el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiera crear una sociedad elija constituir la en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de Sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del derecho de establecimiento. No obstante, admite el derecho de los Estados a adoptar las medidas apropiadas para evitar fraudes de ley. Esta posición jurisprudencial cuestiona la Sentencia *Daily Mail* y confirma la Sentencia de 10 de julio de 1986 *Segers*<sup>106</sup>, al reconocer el efecto directo a las disposiciones sobre libertad de establecimiento con los límites y restricciones reconocidos por la propia jurisprudencia del TJCE a las demás libertades fundamentales e impuestas por las legislaciones nacionales por cuestiones de orden público, seguridad y salud pública.

---

<sup>105</sup> STJCE 9 de marzo de 1999, *Centros Ltd/ Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, As. C-219/97.

<sup>106</sup> (Asunto 79/85, D.H.M. Segers v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank –en Verzekering – en Groothandel en Vrije Beroepen, (1986).

Las consecuencias jurídicas de esta sentencia afectan a: 1) la tradicional compatibilidad de la teoría de la sede real con el Tratado -la capacidad jurídica de la sociedad conforme al Derecho del lugar de su domicilio efectivo-, cuestionada por la prevalencia de la teoría de constitución -capacidad jurídica determinada por el Derecho del Estado de constitución de la sociedad- de esta sentencia; 2) la competencia a la baja entre los Ordenamientos de los Estados de la Unión (*race to the bottom y efecto Delaware*), en detrimento de garantías legales para la protección de los intereses de socios y terceros.

En relación a la primera cuestión, la doctrina entiende que la sentencia solo afecta a las “*cuestiones conflictuales del reconocimiento de sociedades, pero no a las materiales de su constitución*”<sup>107</sup> y la sede real sigue siendo el criterio aplicable para considerar la válida constitución de una sociedad conforme al derecho del foro. Respecto a la competencia entre los ordenamientos nacionales y efecto Delaware, no está claro si ésta sería positiva o negativa; de lo que no cabe duda, es que la ausencia de armonización total es la causante de tal competencia.

3) Sentencia *Überseering BV* de 5 de noviembre de 2002 (Asunto C-208/00): en el supuesto de hecho, la empresa *Überseering B.V.*, sociedad constituida y domiciliada en Holanda, formaliza un contrato de obra con una sociedad constituida y domiciliada en Alemania – la empresa *Nordic Construction Company Baumanagement GMBH (NCC)*-, para la realización de una reforma en los inmuebles de su propiedad sitios en Alemania. Con posterioridad, la totalidad de las participaciones de la sociedad holandesa *Überseering B.V.* fueron adquiridas por nacionales alemanes, estableciendo la sede de la administración efectiva de esta sociedad en Alemania. La cuestión prejudicial se plantea ante el TJCE, por la negativa de los órganos judiciales alemanes que no reconocen la capacidad jurídica y procesal necesaria a la Sociedad *Überseering* en la reclamación

---

<sup>107</sup> Vid. VARGAS VASSEROT, C., “El derecho de sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades”, *RdS*, nº 22, 2004, pág. 315. El Art. 3 Directiva 95/26/CE, por la que se modifican las directivas relativas al régimen de establecimiento y servicios de entidades de crédito, compañías de seguros, exige que la sede de administración y dirección se localice en el ordenamiento donde esté la sede estatutaria y el mismo criterio fija el Art. 7 del Reglamento (CE) nº2157/ 2001/CE, de 8 de octubre sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

planteada por vicios en la ejecución del contrato de obra contra la sociedad alemana NCC. La sentencia del TJCE entiende que aún cuando puedan existir razones imperiosas de interés general, como la protección de los intereses de los acreedores, los socios minoritarios, los trabajadores e incluso la Hacienda Pública, que pueden justificar, en determinadas circunstancias y con ciertos requisitos, restricciones a la libertad de establecimiento, tales objetivos no pueden justificar que se niegue la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal a una sociedad válidamente constituida en otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social estatutario; una medida de este tipo equivaldría a la negación misma de la libertad de establecimiento reconocida a las sociedades por los artículos 43 TCE y 48 TCE. (Cfr. Los apartados 82, 92 a 94 y el punto 1 del fallo de la sentencia).

La sentencia *Überseering*<sup>108</sup> confirma la línea jurisprudencial iniciada con la sentencia *Centros* y se consolida en los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art* y STJCE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes Overseas Ltd.* (asunto C-196/04), y previsiblemente se mantendrá en el asunto C-210/06 *Cartesio*, cuyas conclusiones del abogado general del Estado, M. Poiares Maduro, de 22 de mayo de 2008 reconoce la incompatibilidad con los Arts. 43 y 48 TCE de la normativa nacional que imposibilite que una sociedad constituida con arreglo a su Derecho nacional traslade su domicilio a otro Estado miembro. Comienza así la calificada, por algunos autores, *nueva era del Derecho de Sociedades Europeo*<sup>109</sup> donde el reconocimiento mutuo de sociedades extranjeras viene impuesto por el ejercicio de la libertad de establecimiento comunitario y aceptación de la teoría de la constitución.

---

<sup>108</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "La sentencia "Überseering" y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro", *RDM*, núm. 48, 2003, págs. 663-682.

<sup>109</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A. L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Sociedades mercantiles ...", ob. cit., 2007, pág. 100; SPINDLER, G., "El Derecho Europeo de sociedades después de *Inspire Art* y *golden Shares*", *RdS*, núm. 23, 2004, pág. 71; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, F., "Proyecto de Ley para la Modernización del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada y lucha contra los abusos. (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GMBH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen-MoMiG)", *RdS*, núm.28, 2007, pág. 457.

### **E. Movilidad intracomunitaria de las sociedades en el Mercado interior de la Unión.**

El Tratado de Lisboa (2007) al derogar el contenido del Art. 293 TCE, evidencia la nueva política legislativa de la Unión en materia societaria. La relevancia del Derecho de Sociedades Europeo en el contexto del nuevo mercado interior, no queda limitada a una mera labor armonizadora de tradiciones y legislaciones nacionales, por el contrario asume el liderazgo de las nuevas tendencias desreguladoras y modernizadoras de la movilidad intracomunitaria de las sociedades y de las operaciones de concentración, colaboración y reestructuración empresarial. La movilidad societaria intracomunitaria en una economía globalizada, demanda instrumentos jurídicos ágiles, flexibles y económicos, acordes a la competitividad del mercado.

Los hitos en la nueva estrategia legislativa<sup>110</sup> están marcados por la consolidación jurisprudencial de la Sentencia Centros y la aprobación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (RESE) y la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DITSE)<sup>111</sup>, con consecuencias directas en tres ámbitos: el derecho de establecimiento de las sociedades, la fusión transfronteriza y el traslado intracomunitario de la sede social.

*a) Reconocimiento del “efecto directo” de las disposiciones comunitarias sobre derecho de establecimiento.*

La jurisprudencia consolidada del TJCE sobre libertad de establecimiento, reconoce el efecto directo de los artículos 43 a 48 TCE e invalida cualquier

---

<sup>110</sup> La contribución de la Comisión destaca con las propuestas SLIM en materia societaria, Informe Winter (2002), comunicación sobre la modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial – un plan para avanzar- (2003).

<sup>111</sup> DOCE L 294, de 10 de noviembre de 2001, págs. 1 y 22; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, pág. 7: “La figura de la sociedad europea ... viene a corregir un fallo de coordinación entre los ordenamientos jurídicos nacionales”; ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: por fin la Sociedad Europea”, *RdS*, núm. 13, 1999, pág. 143

obstáculo jurídico a su plena eficacia (como el no reconocimiento de la personalidad jurídica de otras sociedades europeas válidamente constituidas en otro Estado miembro), que no esté justificado por cuestiones de interés general<sup>112</sup> quedando adscrita de esta forma a la teoría de la constitución y zanjando el debate suscitado en años anteriores.

La libertad de circulación y derecho de establecimiento de las sociedades (personas jurídicas) se equipara a la libertad de circulación de las personas físicas y el “efecto directo” se convierte en común denominador de las libertades comunitarias básicas en el mercado interior. El Derecho de Sociedades europeo amplía su ámbito competencial armonizador y abarca parcelas antes reservadas exclusivamente a la voluntad negociadora de los Estados Miembros a través de Convenios sobre reconocimiento recíproco de las sociedades del Art. 48 TCE, mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de sedes de un país a otro, y las posibilidades de fusión de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes (Art. 293 TCE).

*b) La fusión transfronteriza de sociedades de capital.*

La adopción de la Décima Directiva en materia de sociedades, Directiva 2005/56/CE del PE y el Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, regula una de las materias reservada inicialmente a la vía convencional ex Art. 293 TCE. Se refuerza así, la iniciativa legislativa de la Unión Europea en detrimento de la soberanía de los Estados miembros en las materias relativas a la movilidad intracomunitaria y reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades. El RESE y la DITSE

---

<sup>112</sup> Vid. STJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros* FJ34; STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire* Art FJ 133, en los que se hace referencia a medidas “que se apliquen de manera no discriminatoria, que encuentren justificación en razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”.

La Directiva de Servicios 2006/123/CE, en el considerando 40, alude al concepto de “razones imperiosas de interés general” como un concepto fruto de la jurisprudencia del TJCE en aplicación de los artículos 43 y 49 TCE que puede seguir evolucionando, pero que al menos abarca ámbitos como el orden público, seguridad y salud pública, los intereses de los destinatarios de los servicios, entre otros.

han sido el referente para la aprobación definitiva de la Directiva sobre fusiones transfronterizas, al proporcionar la solución a la cuestión de la participación de los trabajadores en los órganos de gobierno de la empresa (cfr. Considerando 13 Directiva).

c) *Traslado intracomunitario de la sede social.*

El procedimiento previsto en el Art. 8 RESE para el traslado del domicilio social de una SE de un Estado a otro, sin la disolución de la SE ni la creación de una nueva persona jurídica, contribuye a la realización efectiva de la movilidad intracomunitaria de la SE en el Espacio Económico Europeo y consolida la “marca comunitaria” del RESE como una personalidad jurídica europea única. La repercusión del régimen jurídico previsto por el RESE en los supuestos de traslado de la sede social de un Estado miembro a otro, trasciende el estricto ámbito de la SE para llegar, aunque con ciertos matices<sup>113</sup>, a los Ordenamientos nacionales, como en el caso español y el nuevo régimen legal previsto en los supuestos de traslado internacional del domicilio social (Arts. 92 a 103) de la Ley 3/2009, de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

### III. SISTEMA DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO.

La sistemátización Derecho de Sociedades Europeo responde a los mismos criterios y principios del Ordenamiento jurídico comunitario en el que se integra. El Derecho Comunitario se define como *nuevo ordenamiento jurídico propio*<sup>114</sup> o

---

<sup>113</sup> Matizaciones que tienen que ver con el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad que traslada su domicilio (Art. 92, 93 y 94 LME) condicionada a lo dispuestos en los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España. El régimen legal del traslado sigue las mismas pautas procedimentales (fase de preparación, decisoria y ejecución) y garantistas de los socios (derecho de separación) y acreedores (derecho de oposición) que el Art. 8 RESE.

<sup>114</sup> La STJCEE de 15 de julio de 1964, *Costa/Enel* (6/64) confirma la línea jurisprudencial iniciada por STJCE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos* (26/62), la Comunidad constituye “un ordenamiento jurídico propio” creado por los Tratados e “integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros”. Vid. MANGAS MARTÍN, A./LIÑAN NOGUERAS, D., *Instituciones ...*, ob. cit., 2005, págs. 332, 389 y 560; Vid. GIRÓN TENA, J, “El Derecho

sistema normativo supranacional específico integrado por una pluralidad heterogénea de actos normativos de producción diversa y compleja<sup>115</sup>, dotado de mecanismos específicos de interrelación con los Ordenamientos nacionales, sujeto al control de legalidad de un específico sistema judicial y al servicio de la integración económica y marco político-constitucional proyectados en los Tratados constitutivos. El Derecho comunitario es un Derecho eminentemente “funcionalizado”<sup>116</sup> a la integración económica proyectada por el Mercado interior, que induce a la integración o unificación jurídica que se manifiesta, de una parte, en un proceso de convergencia o armonización de los Ordenamientos jurídicos nacionales hacia un Derecho uniforme, y de otra, en el desarrollo de un nuevo Derecho europeo de carácter unitario, independiente, supranacional y con vigencia general y directa sobre todo el territorio de la Unión.

Los principios de competencia de atribución, autonomía, primacía y efecto directo caracterizan al Ordenamiento comunitario, y son los mismos que el Derecho de Sociedades europeo reconoce para dotarlo de sistematización.

---

Español ante el Derecho Comunitario de Sociedades”, AAVV. Dir. MUÑOZ MACHADO, A./GONZÁLEZ CAMPOS/GARCÍA ENTERRÍA, *Tratado de Derecho Comunitario*, Vol.III, Madrid, Civitas, 1986. pág.17: “...el ordenamiento comunitario es un verdadero ordenamiento jurídico, con propia autonomía, identidad y legitimación que se deduce de un momento constituyente básico: el Tratado de Roma...base fundacional o constituyente que establece el dicho ordenamiento para una Comunidad que... contiene un efecto de particular supranacionalidad, si bien referida a una materia específica y concreta que es la materia económica y en relación a un mercado común”.

<sup>115</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, A., *Instituciones...*, ob. cit., págs. 331 y ss. El sistema de fuentes de la Unión Europea se apoya en una *summa divisio* entre las normas originarias y derivadas.

<sup>116</sup> Vid. GONDRA ROMERO, J.M., “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea. (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea desde una perspectiva sistemático-funcional)”, AAVV., Dir. GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D./ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (estudio sistemático del Derecho Español)*, Vol.I, Madrid, Civitas, 1986, págs. 276-277.



El principio de “competencia de atribución”<sup>117</sup> gobierna la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros; regulado por el Art. 5 TCE<sup>118</sup>, “la Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna”, obliga a fundamentar cualquier actuación comunitaria en un precepto del TCE que establezca tanto sus límites competenciales – ya sean explícitos o implícitos Art. 308 TCE<sup>119</sup> –, como el procedimiento legislativo o decisorio aplicable y el tipo de acto en el que se materializa. La atribución de competencias comunitarias esta limitada por los objetivos y fines políticos económicos perseguidos a través del concreto proyecto

---

<sup>117</sup> Vid. VARGAS VASSEROT, C., “El derecho de sociedades comunitario...” ob. cit, págs. 321-324.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, L.A., *Derecho mercantil...*, ob.cit., 1995, pág. 147; H.P. KRAUSSER., *Das prinzip brenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages*, Berlin, 1991. El principio de competencia de atribución completa los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, regulados explícitamente también en el apartado 2 y 3 del artículo 5 TCE y Protocolo sobre aplicación de los mismos incorporado por el Tratado de Ámsterdam (1996).

<sup>118</sup> Nuevo Art. 5 TUE versión T.L., “1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. 2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinen. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros. 3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en el caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central, ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala comunitaria. ... 4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado. ...”

<sup>119</sup> Cfr. Art. 308 TCE: “Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”. Sin duda una auténtica cláusula competencial residual a favor de la Comunidad. Regulado en el Art. 352.1 TFUE con modificaciones de redacción: “Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo”.

de integración económica definida en los Tratados condicionando la “*integración jurídica europea*”<sup>120</sup>.

La atribución de competencias a la Unión en materia societaria se ampara en el derecho de establecimiento del Art. 44.2 g) TCE<sup>121</sup>, base legal de las Directivas societarias; en los Arts. 94 y 95 TCE<sup>122</sup> referidos a la técnica de aproximación de legislaciones necesaria para el funcionamiento del Mercado interior mediante procedimiento especial; en el Art. 293 TCE<sup>123</sup> la vía convencional en materia de reconocimiento de sociedades, traslado de la sede social y la fusión transfronteriza; y en el Art. 308 TCE atribución de competencias implícitas y base legal del Reglamento del Estatuto de la Sociedad Anónima

---

<sup>120</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Problemas políticos-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales”, AAVV, *La Reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital*, Madrid, Civitas, 1987, págs.35-59. “Cualquier proceso de integración jurídica no es sino la respuesta necesaria al proceso de integración económica internacional que se persiga en cada momento histórico, en consideración al modelo perseguido – un Estado supranacional o comunidad de pueblos- y a los factores políticos (federalismo o pluralismo) y socio económicos (funcionalismo o neofuncionalismo)”; ZURITA Y SAENZ DE NAVARRETE, J., “La integración económica en la C.E.E. y el acceso a la Sociedad Anónima Europea”, AAVV., Dir. GIRÓN, J., *Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Facultad de Derecho UCM, págs. 31-60; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, L.A., *Derecho mercantil ...*, ob. cit., 1995, págs. 59-105.

<sup>121</sup> Nuevo artículo 50.1 g) TFUE: “A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento ..., el Consejo decidirá mediante Directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario ... g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el art. 54 para proteger los intereses de los socios y terceros”.

<sup>122</sup> Desplazado a los Arts. 115 y 114 del TFUE respectivamente. Art. 114. 1 TFUE « Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el Art. 26. El Parlamento Europeo y el Consejo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta del Comité Económico y Social, adoptarán las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior”. Art. 115 TFUE “Sin perjuicio del art. 114, el Consejo adoptará por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento y al Comité Económico y Social, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior”.

<sup>123</sup> Derogado por el Tratado de Lisboa.

Europea y del Reglamento nº 1435/2003 del Consejo sobre Sociedad Cooperativa Europea<sup>124</sup>.

El Derecho comunitario es autónomo (principio de autonomía) respecto del Derecho Internacional, aunque tenga su origen en el mismo y regule relaciones entre Estados<sup>125</sup>, y respecto del Derecho interno de los Estados miembros donde se integra sin perder su cualidad de Derecho comunitario diferenciado con conceptos jurídicos y procedimientos normativos específicos desvinculados de los Ordenamientos nacionales. Ambos Ordenamientos, el interno y el Comunitario, comparten los mismos sujetos de derecho o destinatarios, pero interrelacionados según los rasgos esenciales del Derecho comunitario de “su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos<sup>126</sup>”. La autonomía del sistema de Derecho Societario Europeo respecto de los Derechos societarios nacionales, se apoya en el concepto comunitario de sociedad del Art. 48 TCE desvinculado del concepto de sociedad mercantil de tradición germana o latina<sup>127</sup> y en los instrumentos legislativos comunitarios específicos con alcance y consecuencias jurídicas diferentes (derecho originario, derecho derivado típico y atípico o *soft law comunitario*<sup>128</sup>).

---

<sup>124</sup> Vid. Conclusiones del Abogado General Sra. Christine Stix-Hackl, presentadas el 12 de julio de 2005, Asunto C-436/03, Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea, sobre la jurídica Art. 95 TCE – Art. 308 TCE, del Reglamento nº 1435/2003.

<sup>125</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, A./LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ...*, ob. cit., 2005, pág.390.

<sup>126</sup> Dictamen del TJCE núm.1/91, de 14 de diciembre de 1991, sobre el proyecto de acuerdo entre la Comunidad y los países de la AELE relativo a la creación del Espacio Económico Europeo. Rec.pág. 6079.

<sup>127</sup> Vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades...*, Ob. Cit, pág. 27. Las posturas revisionistas de este autor sobre derecho de sociedades español, recogiendo las orientaciones del derecho comparado, especialmente el alemán y suizo, y con apoyo en los art. 35 y 36 del Código Civil, define el concepto “amplio” de sociedad, cuyos elementos caracterizadores sería únicamente el origen negocial, el fin común y la promoción en común de ese fin, quedando la exigencia del ánimo de lucro para el concepto restringido de sociedad propio de las tradiciones latinas.

<sup>128</sup> Vid. HIERRO ANIBARRO, S., “El Soft Law comunitario del Proyecto Nueva Empresa ¿Un nuevo instrumento de armonización del Derecho de Sociedades?”, *RdS*, nº 26, año 2006, pág. 147. *Soft Law*: actos normativos institucionales no vinculantes como las recomendaciones, comunicaciones, programas, informes y documentos de trabajo.

La primacía y efecto directo del Derecho Comunitario es el corolario lógico del sistema jurídico creado por los Tratados constitutivos. El sistema de atribución de competencias comunitarias limita la soberanía legislativa y política de los Estados miembros de forma voluntaria<sup>129</sup> y para ámbitos concretos, favoreciendo la primacía y el efecto directo de los actos normativos comunitarios. La primacía del Derecho Comunitario sobre los Ordenamientos nacionales es una noción absoluta reconocida a todos los actos comunitarios, mientras que el *efecto directo* es una noción restringida definida para cada caso concreto por el TJCE. La eficacia directa significa facultad de desplegar efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros a partir de su entrada en vigor y durante la duración de su validez, creando derechos y obligaciones para sus destinatarios, tanto Estados miembros como particulares, en función de su ámbito de aplicación a la vez que pueden ser invocadas ante las autoridades públicas – administrativas o judiciales- que están obligadas a salvaguardar esos derechos y obligaciones<sup>130</sup>. El efecto directo despliega sus efectos verticales (entre poderes públicos-particulares) u horizontales (entre particulares) atendiendo al alcance y características del instrumento legislativo (Reglamento, Directiva, Decisión ...) y siempre que reúna los requisitos jurisprudenciales de: i) norma comunitaria “*clara y precisa*” que funde una obligación concreta en términos inequívocos y desprovista de ambigüedades; ii) mandato incondicional, que no deje márgenes de apreciación discrecional a las autoridades públicas o a las instituciones comunitarias<sup>131</sup>.

El Derecho de Sociedades Europeo es un sistema jurídico de Derecho comunitario cuyos actos normativos de armonización y unificación regulan la constitución y funcionamiento de los operadores económicos europeos organizados colectivamente para garantizar la protección de los intereses de los socios y acreedores en el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria – derecho de establecimiento y prestación de servicios- en el mercado interior.

---

<sup>129</sup> STJCEE de 15 de julio de 1964, *Costa/Enel* (6/64) confirma la línea jurisprudencial iniciada por STJCEE de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos* (26/62) y STJCEE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal* (106/77).

<sup>130</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, A./LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ...*, ob. cit., págs. 392-427.

<sup>131</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, A./LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ...*, ob. cit., pág. 395.

---

## CAPITULO SEGUNDO.

### FUENTES DEL DERECHO SOCIETARIO EUROPEO.

#### I. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FUENTES DEL DERECHO COMUNITARIO.

Las fuentes del Derecho comunitario se caracterizan por la pluralidad y heterogeneidad de las mismas, la cohesión interna y el principio de jerarquía material.

Desde el punto de vista material y formal, las disposiciones de Derecho comunitario europeo emanan de fuentes de naturaleza diversa: unas, de naturaleza convencional sometidos al Derecho Internacional (Tratados constitutivos y acuerdos y decisiones adoptados por los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo<sup>132</sup>) y otras, de naturaleza institucional que emanan de la voluntad de las Instituciones comunitarias como resultado del ejercicio de las competencias atribuidas por los Tratados comunitarios y sometidos a los mismos. La pluralidad de fuentes no implica, sin embargo, incoherencia o desagregación entre los elementos que conforman el Ordenamiento jurídico comunitario. Por el contrario, dichos elementos se integran en un mismo y único sistema, articulándose entre sí en aras de la consecución de los objetivos previstos en los Tratados. El conjunto de las disposiciones vigentes de Derecho comunitario europeo, con independencia de la fuente de producción material o formal, conforman el “*acervo comunitario*”<sup>133</sup>, patrimonio jurídico de la Unión Europea y marco de la cohesión del sistema jurídico que los Estados adherentes asumen como premisa indispensable para su integración en aquélla.

---

<sup>132</sup> Protocolos complementarios del Art. 311 TCE, o la vía Convencional del artículo 308 TCE.

<sup>133</sup> Vid. El Art. 2 TUE establece como objetivo de la Unión “*mantener íntegramente el acervo comunitario y desarrollarlo...*”, objetivo que no aparece explícitamente el nuevo Art. 3 TUE consolidado tras el Tratado de Lisboa.

El principio de jerarquía material se apoya en la *summa divisio*<sup>134</sup> entre las disposiciones de Derecho comunitario originario o primario – conformando el Derecho fundamental de la Unión- y las disposiciones de Derecho comunitario derivado o secundario, subordinadas jerárquicamente a las primeras. El Derecho comunitario originario se identifica con los Tratados constitutivos de las Comunidades y los instrumentos que, a lo largo de su vigencia, los han ido modificando, mientras que el Derecho comunitario derivado son todas aquellas disposiciones de naturaleza institucional. El criterio de jerarquía de fuentes comunitarias es de carácter material y no formal, de tal forma, que en el Derecho derivado no existe, como en las tradiciones nacionales, realmente una jerarquía entre los diversos tipos de actos normativos, a excepción hecha de aquéllas que necesariamente existe entre aquél que contiene las bases para un ulterior desarrollo o ejecución y el que los efectúa.

Los actos típicos de Derecho derivado son el Reglamento, la Directiva, las Decisiones, las Recomendaciones y los Dictámenes (Art. 249 TCE – Art. 288 TFUE-) que se diferencian de los actos *normativos atípicos*<sup>135</sup> referidos a las estrategias, acciones y posiciones comunes del Art. 12 TCE (Art. 25 TFUE) en el ámbito de la Política Exterior y Seguridad Común, o las posiciones comunes, decisiones marco, decisiones y convenios del Art. 34 TCE sobre Cooperación Policial y judicial penal.

La utilización de cada uno de estos instrumentos jurídicos presenta ventajas e inconvenientes que deben considerarse en el momento de su elección en función

---

<sup>134</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ...*, ob. cit., 2005, pág. 334. No se puede hablar *strictu sensu* de jerarquía formal o graduación en función del rango del acto normativo o categorías de normas. El frustrado Tratado de Constitución Europea, de 29 de Octubre de 2004 (DOUE C-310, de 16 de Diciembre de 2004) establecía un nuevo sistema normativo ajustado a la tradición legislativa de los ordenamientos nacionales; el Art. I-23 T. Constitución Europea, reconocía como instrumentos jurídicos: la Ley europea, la ley marco europea, el reglamento europeo, las recomendaciones y los dictámenes, además el sistema diferenciaba instrumentos legislativos e instrumentos de ejecución. La jerarquía material en función de los efectos, del alcance en relación con la mediación estatal y la identificación de los destinatarios.

<sup>135</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ...*, ob. cit., págs. 335-336. Son actos frutos de estructuras de cooperación, que están fuera del sistema de atribución de competencias y sometidas a un control jurisdiccional facultativo, parcial o en cualquier caso, más débil que el comunitario.

de la política legislativa pretendida, la materia objeto de regulación y las circunstancias sociopolíticas del proceso de integración en el que se encuentre la Unión Europea<sup>136</sup>.

## II. FUENTES DE DERECHO ORIGINARIO EN EL DERECHO DE SOCIEDADES EUROPEO.

EL Derecho de Sociedades Europeo es un Derecho de naturaleza institucional (fuentes de Derecho derivado), que recurre a la vía convencional interestatal únicamente para materias expresamente contempladas en el Art. 293 TCE.

### A. Convenios ex Art. 293 TCE.

El reconocimiento del derecho a la negociación internacional entre los Estados miembros del Art. 293 TCE, en la sistemática general del Tratado, tiene un carácter subsidiario y subordinado a la imposibilidad de satisfacer el objetivo pretendido por el cauce técnico de los instrumentos de Derecho Derivado, propios de la materia societaria.

El Convenio entre los Estados miembros - Art. 293 TCE- es el instrumento comunitario que garantiza a los nacionales: el reconocimiento recíproco de las sociedades del Art. 48 TCE, el mantenimiento de la personalidad jurídica en caso de traslado de la sede social y la posibilidad de las fusiones de sociedades sujetas a legislaciones nacionales diferentes. El Convenio sobre reconocimiento mutuo de sociedades y personas morales de 29 de febrero de 1968<sup>137</sup> y Protocolo que lo

---

<sup>136</sup> Vid. GOLDMAN, B., "Quelle organisation juridique pour l'entreprise sociétaire au seuil du grand marché ?.Analyse critique de la réglementation européenne et de ses méthodes d'élaboration », en *Coloquios 1968/1988 –Vigts ans de recherches pluridisciplinaires. Á propos des structures juridiques de l'entreprise*. Disponible en <http://www.creda.ccip.fr>.

<sup>137</sup> Convenio de reconocimiento mutuo que no entró en vigor al no ser ratificado por Holanda (ratificado por Bélgica en 1973, Alemania en 1972, Francia en 1971, Italia en 1975 y Luxemburgo en 1973). Parte de la doctrina defiende (U. DROBING Y G. BEITZKE) el efecto directo del Art. 48.1 del TCE y el reconocimiento implícito y automático por los Estados miembros de la personalidad jurídica de las sociedades beneficiarias de la libertad de

completa fue el único intento frustrado de utilizar la vía convencional en materia societaria.

La Comunicación de la Comisión sobre “Modernización del Derecho de sociedades”<sup>138</sup> de 2003, incluía en su lista de acciones a corto plazo (2003-2005) la adopción de Directivas como instrumento legislativo idóneo en los procesos de reestructuración y movilidad de las empresas comunitarias. La ausencia de legislación nacional reguladora de la transferencia transfronteriza de sede, supone, en los supuestos en los que sea posible, la aplicación simultánea de varias legislaciones nacionales sujetas a criterios diferentes e interdependientes que entran en conflicto y dificultan la efectiva libertad de establecimiento contemplada en el Tratado. Las Directivas garantizan una legislación nacional armonizada para las operaciones societarias de reestructuración intracomunitarias<sup>139</sup> que respeten, al mismo tiempo, los derechos de los trabajadores en las estructuras de gobierno de las sociedades siguiendo las pautas establecidas en la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001 sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea.

La Décima Directiva de sociedades, 2005/56/CE de 26 de octubre de 2005, relativa a la fusión transfronteriza de sociedades de capital<sup>140</sup> y la propuesta de Decimocuarta Directiva de Sociedades relativa a la transferencia de sede de un Estado miembro a otro<sup>141</sup>, constatan el abandono definitivo de la vía convencional en materia societaria y la utilización exclusiva de instrumentos institucionales comunitarios para la consecución de la libertad de establecimiento comunitaria y el mercado interior. El Art.293 TCE ha sido derogado por el Tratado de Lisboa.

---

establecimiento en él formulada, justificando la inoperancia de un Convenio de esta naturaleza.

<sup>138</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, “Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la Gobernanza empresarial en la Unión Europea- un plan para avanzar-. COM (2003) 284 final, Bruselas, 21.05.2003, Pág. 23.

<sup>139</sup> Vid. PALOA MORENO, G., *El traslado del domicilio ...*, ob. cit., 2006, págs. 73-76.

<sup>140</sup> DOUE L 310, de 25.11.2005.

<sup>141</sup> Resultados de la consulta pública de 2004, disponible en [http://www.europe.eu.int/comm/internal\\_market/internal\\_company/seat-transfer/2004-consult\\_en.htm](http://www.europe.eu.int/comm/internal_market/internal_company/seat-transfer/2004-consult_en.htm).



## III. FUENTES DE DERECHO DERIVADO DE SOCIEDADES.

## A. Reglamento comunitario en el Derecho de Sociedades Europeo.

El Reglamento comunitario en materia societaria cumple una finalidad distinta a la de las Directivas societarias. Es un instrumento de unificación legislativa supranacional utilizado para la creación de nuevas estructuras organizativas que se incorporan a los tipos societarios nacionales existentes. A diferencia de las Directivas comunitarias, el Reglamento no lleva implícito una modificación, alteración, ni tan siquiera coordinación u armonización de los Derechos nacionales; al contrario, es Derecho comunitario de nuevo cuño, de carácter supranacional e independiente de los Derechos nacionales<sup>142</sup>, con efecto directo vertical y horizontal que garantiza *a priori* una unificación legislativa en todos los Estados miembros.

La base legislativa, competencial y procedimental del Reglamento comunitario societario<sup>143</sup> es el Art. 308 TCE<sup>144</sup> (Art. 352 TFUE), supeditado a dos

---

<sup>142</sup> Vid. Memorándum de 15 de junio de 1988 para la creación de la Societas Europaeae. El Reglamento comunitario disfruta del efecto directo horizontal y vertical, que garantiza *a priori* la unificación legislativa en todos los Estados miembros, pero no la integración inmediata en los derechos nacionales, pues puede quedar supeditada, como en el caso del RESE, a una *vacatio legis* de 3 años (artículo 70 RESE) y a la adopción por parte de los Estados miembros de las medidas necesarias para la aplicación efectiva del mismo (artículo 68 RESE).

<sup>143</sup> Vid. DINE, J., "The harmonization of Company Law in the European Community", *The yearbook*, 1989, pág. 93-119; LOUIS, J.V., "Le Reglement, source directe d'unification des legislations", AAVV., Dir. M. MICHEL WAELBROECK, *Les instruments du rapprochement des legislations dans la communauté économique européenne*, Bruselas, Editions de l'Universite de Bruxelles, 1976, págs. 15-35; HOPT, KLAUS J., «Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht – satatus quo, Probleme, Perspektiven-«, en *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrechts*, -ZGR-, 1992, págs. 265-295.

<sup>144</sup> Nueva redacción en el Art. 352 TFUE, al que se han añadido los apartados 2 al 4: "...2. La Comisión, en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad mencionado en el apartado 3 del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, indicará a los Parlamentos nacionales las propuestas que se basen en el presente artículo. 3. Las medidas basadas en el presente artículo no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización. 4. El presente artículo no podrá servir de base para alcanzar objetivos del ámbito de la política exterior y

condiciones: que sea una acción necesaria por parte de la Unión para alcanzar los objetivos de los Tratados y la insuficiencia de poderes previstos en el Tratado. La unanimidad del Consejo en la adopción de este acto es otro de los requisitos que diferencia el recurso a este instrumento de unificación frente a las Directivas comunitarias societarias del Art. 44.1 y 2 g) TCE adoptadas por mayoría cualificada del Consejo.

Tres formas societarias supranacionales han encontrado en el Art. 308 TCE su base legislativa:

El Reglamento CEE nº 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la Agrupación Europea de interés económico (AEIE)<sup>145</sup>, regula el instrumento jurídico supranacional de colaboración entre pequeñas y medianas empresas<sup>146</sup>, que posibilita el ejercicio en común de determinadas actividades –entre otras, investigación y desarrollo, compras, producción y venta, gestión de servicios especializados, formación de consorcios en el campo de la construcción, etc.- sin por ello perder la individualidad jurídica y económica de cada una de las sociedades partícipes. El régimen jurídico de la AEIE se caracteriza por la condición de sociedades, entes jurídicos o profesionales domiciliados en diferentes Estados miembros exigida a sus copartícipes (dimensión europea o transnacionalidad) y en segundo lugar, por la dualidad de regímenes jurídicos aplicables en función del lugar donde fije el domicilio la AEIE, aplicando primero el Reglamento comunitario de 1985 y después la legislación nacional del Estado miembro del domicilio de la AEIE.

---

*de seguridad común y todo acto adoptado de conformidad con el presente artículo respetará los límites fijados en el párrafo segundo del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea”.*

<sup>145</sup> DOUE L 199 de 31.07.1985, publicada una modificación posterior en DOUE L 1 de 31.01.1994, págs.517-522. El antecedente de la AEIE es el “*groupement d'intérêt économique*” francés (Ordenanza de 23 de septiembre de 1967), exportado primero a la Comunidad europea y después, al resto de los ordenamientos nacionales por su flexibilidad jurídica como forma de cooperación empresarial.

<sup>146</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “Escritura de constitución de una agrupación de interés económico”, *RdS*, núm.12, 1999, págs. 261-278; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A., *Derecho mercantil...*, ob. Cit., 1995, págs. 213-216; GÓMEZ CALERO, J., *Las agrupaciones de interés económico*, Barcelona, 1993.

El Reglamento CE nº 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)<sup>147</sup> y el Reglamento CE nº 1435/2003 de Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE)<sup>148</sup>. La SE y SCE son nuevos tipos societarios supranacionales, con personalidad jurídica comunitaria, caracterizados por sus particulares modalidades de acceso al tipo y un sistema de fuentes híbrido comunitario-nacional, consecuencia directa de la dimensión europea o transnacionalidad de estos instrumentos jurídicos de cooperación o reestructuración empresarial comunitaria.

El procedimiento especial del Art. 95 TCE<sup>149</sup> sobre aproximación de legislaciones permite la adopción de Reglamentos comunitarios por mayoría cualificada del Consejo (Art. 251 TCE); esta base legal es la utilizada en materia contable que con la Cuarta y Séptima Directiva de Sociedades conforman el Derecho Contable europeo, así: el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de Normas Internacionales de Contabilidad (NIC)<sup>150</sup>; el Reglamento CE nº 1725/2003 de la Comisión, de 29 de septiembre de 2003 por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>151</sup>, y el Reglamento CE nº 611/2007 de la Comisión, de 1 de junio de 2007, que modifica el Reglamento (CE) nº 1725/2003, por el que se adoptan determinadas normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) nº 1606/2002 del

---

<sup>147</sup> DOUE L 294, de 10.11.2001.

<sup>148</sup> DOUE L 207 de 18.08.2003. La SCE es una respuesta a la Resolución de las Naciones Unidas A/56/114, aprobada en la 88ª sesión plenaria de 19 de diciembre de 2001, que instaba a los Estados a asegurar un entorno propicio donde las cooperativas pudieran participar en igualdad de condiciones con otras formas de empresa. El Reglamento permite la creación de una SCE por particulares residentes en distintos Estados miembros o por entidades jurídicas sujetas a las legislaciones de Estados miembros diferentes, o mediante la fusión de dos cooperativas existentes, o por transformación de una cooperativa nacional en una SCE sin mediar disolución, siempre que dicha cooperativa tenga su domicilio y su administración central en un Estado miembro y un establecimiento o filial en otro.

<sup>149</sup> Art. 114 TFUE.

<sup>150</sup> DOUE L 243 de 11.09.2002.

<sup>151</sup> DOUE L 261 de 13.10.2003.

Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a la Interpretación nº 11 del Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIF)<sup>152</sup>.

### **B. Directivas en materia societaria.**

La base legal fundamental del Derecho societario europeo es el Art. 44.2 g) TCE (Art. 50 TFUE); artículo que referido al derecho de establecimiento de las sociedades, exige a las Instituciones europeas acciones de coordinación de las legislaciones nacionales que hagan equivalentes las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades para proteger los intereses de los socios y terceros.

La labor legislativa societaria europea se justifica por: (a) *facilitar la libertad de establecimiento de las empresas*: la armonización de una serie de requisitos mínimos, permite a las sociedades establecerse más fácilmente en otros Estados miembros donde el marco legislativo es similar; (b) *garantizar la seguridad jurídica de las operaciones intracomunitarias*, donde la presencia de una serie de mecanismos de protección comunes resulta clave para crear el clima de confianza indispensable en las relaciones económicas transfronterizas<sup>153</sup>. La doctrina cuestiona la no obligatoriedad directa<sup>154</sup> de las Directivas comunitaria, desde una perspectiva formal al ser los únicos destinatarios los Estados miembros, sin un efecto *erga omnes*, y desde la perspectiva material al supeditar la eficacia de la directiva a una norma de transposición de Derecho interno. La Directiva comparte así la misma naturaleza de una norma-marco, sin perjuicio

---

<sup>152</sup> DOUE L 141 de 2.06.2007.

<sup>153</sup> Vid. Comunicación de la Comisión a Consejo y al Parlamento Europeo, sobre "Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un plan para avanzar". COM (2003) 284 final. Bruselas, 21.05.2003.

<sup>154</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. /CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil ...*, ob. cit., 1995, pág. 159; DE RIPAINSELL-LANDY, D./GERARD A., "La notion juridique de la Directive utilisee comme instrument de rapprochement des legislations dans la CEE", AAVV., Dir. M. MICHEL WAELBROECK, *Les instruments du rapprochement des legislations dans la communauté économique européenne*, Bruselas, Editions de l'Universite de Bruxelles, 1976, págs. 37-94.

de la existencia de Directivas con características propias de Reglamentos comunitarios y viceversa<sup>155</sup>.

Las Directivas Societarias regulan aspectos formales y sustantivos del régimen societario como la tutela del derecho de información y transparencia societaria, el régimen jurídico del capital social y los procesos internos de reestructuración empresarial<sup>156</sup>. La primera etapa del Derecho societario europeo – hasta finales de los años ochenta- se caracteriza por el proceso armonizador intenso de las Directivas que paralizada durante la crisis política e institucional europea de los años noventa<sup>157</sup> se reanuda a principios del nuevo milenio con la *neorregularización*<sup>158</sup> del Derecho societario europeo al amparo de las nuevas políticas de simplificación, mejora de la calidad y modernización legislativa.

Las Directivas societarias vigentes actualmente son:

---

<sup>155</sup> Vid. Exposición de motivos de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006): “... Asimismo, debe resaltarse que la regulación de la Directiva 2001/86/CE, por su contenido normativo y la necesaria coordinación de las disposiciones adoptadas para la transposición a sus ordenamientos internos, se asemeja en sus efectos a los propios de un reglamento comunitario y, por otra parte, la regulación del Reglamento (CE) nº 2157/2001, dado el amplio margen de complementación que abre a las legislaciones de los Estados miembros y las múltiples remisiones concretas de su articulado, se aleja de los caracteres propios de este tipo de norma para acercarse a los de las directivas”.

<sup>156</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza: Por fin, la Sociedad Europea”, *RdS*, núm. 16, 2001, pág. 141.

<sup>157</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ...*, ob.cit., 2005, pág. 53. El euroescepticismo institucional y la incorporación de nuevos países (PECO's – países de Europa Central y Oriental) son los desencadenantes de la crisis política e institucional de la Unión Europea de finales del siglo XX. Los procesos legislativos desarrollados hasta ese momento se ven afectados por la nueva estrategia de integración legislativa siguiendo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del Art. 5 TCE (Art. 5 TUE en T.L.) incorporados por el T.Maastricht 1992 y Ámsterdam 1997.

<sup>158</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F., “Nuevas estrategias en el Derecho de Sociedades Europeo”, *Derecho de los Negocios*, año 8, núm. 76, 1997, págs. 15 y 20; “La neorregulación presupone una previa etapa de regulación excesiva o no eficiente”. “... La “congelación” de las Directivas en materia de sociedades producida a partir de 1989 fomentará probablemente el papel “creador” de Derecho del TJCE, resolviendo futuras cuestiones, más novedosas que las que ha examinado hasta ahora, a la luz de una normativa que interpretada al pie de la letra podría quedar desfasada”.

- La Primera Directiva de Sociedades 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968<sup>159</sup>, 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 (modificada por Directiva 2003/58/CE<sup>160</sup>), regula la publicidad formal de los actos societarios y las causas legales de nulidad de las sociedades. Las últimas propuestas de modificación se vinculan con la corriente codificadora y simplificadora del Derecho de Sociedades reforzando la utilización de la tecnología actual<sup>161y162</sup> en las operaciones societarias de registro y publicidad formal, participación y toma decisiones mediante voto electrónico, entre otros.

- La Segunda Directiva de Sociedades 77/91/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, tendente a coordinar para hacerlas equivalentes las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 58 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y de los terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como el mantenimiento y modificación de su capital. Modificada por Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006<sup>163</sup>,

---

<sup>159</sup> Vid. VAN OMMESLAGHE, P., "La premiere Directive du Conseil du 9 mars 1968 en matiere de societes", *Droit de Sociétés*, págs.495-563; GARCÍA VILLAVERDE, R., "La constitución y el capital de las Sociedades en la CEE (primera y segunda directrices)", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Junio,1989, págs. 31-153; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., "La Primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil Español", *RCDI*, 1990, págs. 393-419.

<sup>160</sup> DOUE L 221 de 4.09.2003. Incorpora la transmisión por medios electrónicos o telemáticos de los actos y documentación objeto de publicidad formal: escritura y estatutos sociales, domicilio social, documentación contable, designación del órgano de administración o autorización de la legalización de las copias electrónicas.

<sup>161</sup> COM (2008) 39 final, Bruselas, 30.01.2008, 2008/0022 (COD) Propuesta de Directiva .../... del PE y del Consejo.

<sup>162</sup> Propuesta de Directiva del PE y del Consejo por la que se modifican las Directivas 68/151/CEE y 89/666/CEE del Consejo en lo relativo a las obligaciones de publicación y traducción a que están sujetos determinados tipos de sociedades. Bruselas, 17.04.2008 COM (2008) 194 final. 2008/0083 (COD). La nueva propuesta incide en la utilización de los registros electrónicos, suprimiendo la obligación actual de publicación en los Boletines Oficiales de los Estados miembros. El proyecto BRITE proporciona una interfaz multilingüe común para acceder a los Registros del European Business Register (EBR), accesible a las empresas y ciudadanos.

<sup>163</sup> DO L 264 de 25 de septiembre de 2006.

suprime el informe de perito independiente por aportaciones no dinerarias<sup>164</sup> al capital social con condiciones y garantías y previo acuerdo del órgano de administración o dirección (Arts. 10 bis y ter Directiva), establece un nuevo régimen jurídico de las acciones propias, del derecho de suscripción preferente y nuevas garantías administrativas y judiciales para los acreedores sociales en supuestos de reducción de capital (Art. 32.1 Directiva<sup>165</sup>). La codificación es el objeto de la última propuesta de Segunda Directiva<sup>166</sup>.

- La Tercera Directiva de Sociedades 78/855/CEE<sup>167</sup> del Consejo, de 9 de octubre de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del art. 54 del Tratado y relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, y la Sexta Directiva de Sociedades 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado relativa a la escisión de sociedades. Modificadas por la Directiva 2007/63/CE, de 13 de noviembre de 2007<sup>168</sup>, que permite a los accionistas la posibilidad directa de renunciar, si lo desean, al informe pericial escrito sobre el proyecto de fusión o escisión, equiparándose con el contenido del Art.8.4 de la Décima Directiva 200/56/CE para la fusión transfronteriza de las sociedades de capital. Los aspectos fiscales de la fusión, escisión, aportaciones de activos y canje de acciones entre sociedades de

---

<sup>164</sup> Posibilidad que se contemplaba en la legislación española en el Art. 20 LSRL.

<sup>165</sup> Vid. ESCRIBANO GÁMIR, R.C., "La Directiva 2006/68/CE, de 6 de septiembre, en materia de tutela de los derechos de crédito de los acreedores sociales frente a la reducción del capital social. Apuntes de una reforma anunciada", *RdS* núm. 28, 2007, págs. 161-182.

<sup>166</sup> Propuesta de Directiva .../.../CE del PE y del Consejo de..., tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital. Bruselas, 16.09.2008, COM (2008) 544 final, 2008/0173 (COD).

<sup>167</sup> DO L 295, de 20.10.1978. La Comisión, al igual que para la segunda Directiva, ha presentado una nueva propuesta de Tercera Directiva de Sociedades codificada relativa a las fusiones de sociedades anónimas. COM (2008) 26 final, 2008/0009 (COD), Bruselas, 29.01.2008.

<sup>168</sup> Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas. DOUE L 300, de 17.11.2007.

diferentes Estados miembros está contenido en la Directiva 2005/19/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005<sup>169</sup>, que modifica la Directiva anterior 90/43/CE.

- La Cuarta Directiva de Sociedades 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, basada en la letra g) del apartado 3 del art. 54 del Tratado y relativa a las Cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, y la Séptima Directiva de Sociedades 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apartado 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las Cuentas Consolidadas<sup>170</sup>. Ambas Directivas han asistido en los últimos años a un proceso de modernización y adaptación a las normas internacionales de contabilidad y Reglamentos comunitarios de Derecho Contable<sup>171</sup> que armoniza los sistemas de auditoría legal en la Comunidad, incorpora los informes de gobierno corporativo en la normativa comunitaria y en suma, facilita la inversión transfronteriza al incrementar la transparencia e información financiera de mayor calidad y coherencia (Directiva 2006/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006<sup>172</sup>, modifica la Cuarta (78/660/CEE) y la Séptima (83/349/CEE) Directivas y la Directiva 86/635/CEE relativa a las cuentas anuales y cuentas consolidadas de los bancos y otras entidades financieras y la Directiva 91/674/CEE relativa a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas de las empresas de seguros).

- La Octava Directiva de Sociedades 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006<sup>173</sup>, relativa a la Auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y deroga la anterior octava Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, relativa a la autorización de las

---

<sup>169</sup> DOUE L 58, de 4.03.2005.

<sup>170</sup> La reciente propuesta de la Comisión isión de Directiva por la que modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo en lo que respecta a determinados requisitos de información de las medianas empresas y a la obligación de confeccionar cuentas consolidadas. Bruselas, 17.04.2008, COM (2008), 195 final, 2008/0084 (COD).

<sup>171</sup> Reglamento CE nº 610/2007 de la Comisión, de 1 de junio de 2007, que modifica el Reglamento CE nº 1727/2003 por el se adoptan determinadas Normas Internacionales de Contabilidad de conformidad con el Reglamento CE nº 1606/2002 del PE y el Consejo, en lo relativo a la interpretación nº 10 del Comité de Interpretacione de las Normas Internacionales de Información Financiera (CINIIF).

<sup>172</sup> DOUE L 224 de 16.08.2006.

<sup>173</sup> DOUE L 157 de 9.06.2006.



personas encargadas del control legal de documentos contables. Directiva de Auditoría que incorpora las normas Internacionales de Auditoría y armoniza en los Estados miembros los requisitos mínimos de autorización y acceso a la actividad de auditoría sobre la base del principio comunitario de reconocimiento mutuo.

- La Décima Directiva de Sociedades 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005<sup>174</sup>, relativa a las fusiones transfronterizas de sociedades de capital. La Propuesta de Directiva de 1985<sup>175</sup> reconocía, a pesar del mandato expreso del art. 293 TCE (vía convencional entre los Estados miembros), las posibilidades del reenvío en esta materia a la Tercera Directiva sobre fusiones internas. Las cuestiones laborales y fiscales que obstaculizaban la aprobación de esta Directiva se solventan con remisiones a la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, sobre la implicación de los trabajadores en la SE y Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros, modifica por la Directiva 2005/19/CE, de 17 de febrero de 2005<sup>176</sup>.

- La Undécima Directiva de Sociedades 89/666/CEE del Consejo, de 21 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

---

<sup>174</sup> DOUE L 310 de 25.11.2005.

<sup>175</sup> Vid. SÁNCHEZ RUS, H., "La fusión transfronteriza de Sociedades Anónimas desde la perspectiva del Derecho español", *RDM*, núm. 237, 2000, págs.1050-1124 ; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./Calvo Caravaca, L.A., *Derecho mercantil...*, ob. cit., págs.197-199; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital", *RdS*, núm. 25, págs. 435-445; TAPIA HERMIDA, A. J., "Métodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas: fusiones, OPAS y otros métodos alternativos. Las Directivas 2004/25/CE y 2005/56/CE", *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense*, 2007/9, marzo 2007, pág. 15. Disponible en <http://www.ucm.es/info/mercantil>.

<sup>176</sup> DOUE L 58 de 4.03.05. No obstante los diferentes tipos de gravamen entre los EEMM siguen siendo un lastre en este tipo de operaciones como lo son también en la constitución de la SE. Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., "Características generales de la Sociedad Europea. Fuente de regulación, capital y denominación", *AAVV.*, Dir. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima ...*, ob. cit., 2004, pág. 67.

otro Estado Miembro. Directiva afectada por el proceso de modernización y simplificación del Derecho de Sociedades paralela a las reformas previstas de la Primera Directiva<sup>177</sup>.

- La Duodécima Directiva de Sociedades 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único<sup>178</sup>. Directiva de naturaleza habilitadora permite a los particulares crear sociedades unipersonales de responsabilidad limitada en los Estados miembros cumpliendo los requisitos mínimos de publicidad y garantías de los procedimientos internos de estas empresas.

- La Decimotercera Directiva de Sociedades 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004<sup>179</sup>, relativa a las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (OPAS). Directiva encaminada a garantizar la igualdad de trato de los socios en operaciones transfronterizas de toma de control y encomienda a los organismos de supervisión de los distintos Estados miembros velar por los intereses de los accionistas inversores, de la transparencia del mercado y del cumplimiento del contenido de la Directiva.

- La Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007<sup>180</sup>, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. Directiva enmarcada en la política de modernización del Derecho de sociedades y gobernanza empresarial<sup>181</sup>, consolida los derechos políticos de los accionistas de las sociedades cotizadas como requisito indispensable del gobierno y control efectivo de la sociedad, a la vez que

---

<sup>177</sup> Cfr. Nota pie núm. 152.

<sup>178</sup> Propuesta de la versión codificada de Duodécima Directiva de Sociedades: COM (2008) 344 final, 2008/0109 (COD), Bruselas, 9.06.2006.

<sup>179</sup> Incorporada al Derecho español en dos fases: la Ley 6/2007, de 12 de abril, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para la modificación del régimen de las ofertas públicas de adquisición y de la transparencia de los emisores (BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007) y el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores (BOE núm. 180 de 28 de julio de 2007), que deroga la anterior regulación sobre OPAS del año 1991

<sup>180</sup> DOUE L 184, de 14.07.2007.

<sup>181</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre "Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea. Un plan para avanzar". COM (2003) 284 final, Bruselas, 21.05.2003.

contribuye a la estandarización y protección de los derechos mínimos del inversor en el mercado de valores. Esta Directiva contribuye a la estandarización jurídica de las sociedades anónimas cotizadas<sup>182</sup>, caracterizadas por disponer de página web en Internet, de las garantías técnicas y jurídicas necesarias para el ejercicio del voto electrónico y por representación sin fraudes o abusos; se refuerza el derecho de información del accionista y se le reconoce la facultad de incluir nuevos puntos en el orden del día de la junta general siempre que el umbral para el ejercicio de este derecho no sea superior al 5% del capital social (protección de las minorías), y que todos los accionistas reciban la versión definitiva del orden del día con la suficiente antelación para preparar los debates y votación de cada uno de los puntos<sup>183</sup>.

Directivas que afectan a aspectos sustantivos del régimen societario son: la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores y la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores<sup>184</sup>.

Las propuestas de Directivas societarias pendientes de aprobación son:

La Propuesta de Quinta Directiva sobre estructura organizativa de las sociedades anónimas, los poderes y obligaciones de sus órganos, cuya propuesta

---

<sup>182</sup> Vid. LUTTER, M., "Concepciones, éxitos y tareas futuras de la armonización europea del Derecho de Sociedades", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 210, 2002, pág. 50.

<sup>183</sup> La Ley 19/2005, 11 de noviembre, introdujo tales previsiones en el artículo 97. 3 y 5 LSA en relación a la convocatoria de la junta general (ampliando el plazo a un mes) y la posibilidad reconocida a los accionistas que representen el 5% del capital social para introducir nuevos puntos en el orden del día. A efectos de representación, las garantías previstas en los Arts. 106 a 108 LSA están en consonancia con lo dispuesto por esta Directiva, y los Arts. 105. 4 y 5, 106.2 LSA redactados conforme a la Ley 26/2003, de 17 de julio por la que se modifica la LMV y la LSA con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas en relación al régimen jurídico de la representación del accionista, permiten la emisión del voto del accionista por medio electrónicos o cualquier otro medio de comunicación a distancia siempre que se garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto. No obstante, en la LSA no establece ninguna disposición expresa para los supuestos de emisión del voto transfronterizo

<sup>184</sup> DOUE L 294 de 10.11.2001 y DOUE L 207 de 18.8.2003, respectivamente.

inicial de 1972<sup>185</sup> regulaba además los derechos de los accionistas en la Junta General, la aprobación y control de las cuentas anuales y la polémica cuestión de la participación de los trabajadores en la toma de decisiones empresariales (cogestión- *mitbestimmung*-). Los bloqueos políticos a las sucesivas Propuestas de la Quinta Directiva<sup>186</sup>, no han impedido regulaciones posteriores relacionados con este contenido, como el ejercicio de los derechos políticos de los accionistas en las sociedades cotizadas o normas sobre el gobierno corporativo, además, el Reglamento de la Sociedad Europea y su Directiva sobre implicación de los trabajadores (2001) plantean una solución opcional al sistema de administración societario (monista o dualista) y la implicación de los trabajadores que repercutirá en las redacciones futuras de la Quinta Directiva.

La Propuesta de Novena Directiva sobre grupos de sociedades<sup>187</sup> es otra de las propuesta largamente debatidas que no ha logrado un consenso, salvo en materia contable de la Séptima Directiva sobre consolidación contable de las uniones y grupos de sociedades y el tratamiento de los aspectos concurrenciales del Derecho de la Competencia<sup>188</sup>. El debate científico y político se centra en las ventajas e inconvenientes de una regulación sistemática de los grupos de

---

<sup>185</sup> JOCE C 131, de 13 de diciembre de 1972 (Supl. 10/72 Bull.CE).

<sup>186</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil ...*, ob.cit., 1995, págs. 193-195; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., "Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho Comunitario derivado (un estudio sistemático sobre la evolución y contenido de las propuestas de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de Quinta Directiva)", *RGD*, núm. 577-578, 1992, págs. 10208-10223; ESTEBAN VELASCO, G., "La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario (El proyecto modificado de Quinta Directiva)", *CDC*, núm. 5, junio 1989, págs.231 y ss.

<sup>187</sup> La Dirección general del mercado interno y de asuntos industriales, dio publicidad entre 1974 y 1975 a un proyecto preliminar de Novena Directiva, dividido en dos partes XI/328/74 y XII/593/75. Una versión posterior sin carácter oficial, fue divulgada por medios no comunitarios con la nomenclatura III/D/3, en la que se unificaba en un solo texto las dos partes del proyecto preliminar y para un estudio sobre otra versión no oficial III/1639/84 de Novena Directiva de Grupos de sociedades.

<sup>188</sup> Vid. SACRISTÁN REPRESA, M., "Abuso de posición dominante", AAVV. Coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A., *Derecho Europeo de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2007, págs. 330-333; CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado único ...*, ob. cit., 2003, págs. 1191 y ss.

sociedades y los riesgos que representan para los socios minoritarios y accionistas<sup>189</sup>.

La Propuesta de Decimocuarta Directiva de traslado de la sede de las sociedades de un estado miembro a otro con cambio de la legislación vigente<sup>190</sup>, cuyo proyecto de 1997 ha servido de modelo al legislador comunitario en la redacción posterior del Reglamento CE nº 2157/2001 del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.

### C. Decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El cuadro de instrumentos típicos de Derecho derivado lo completan las decisiones, recomendaciones y dictámenes del Art. 249 TCE<sup>191</sup>, a los que se añaden los actos normativos atípicos no vinculantes (comunicaciones, programas, informes, documentos de trabajo). La doctrina<sup>192</sup> reconoce en los actos atípicos no vinculantes, su naturaleza normativa institucional y legitimación competencial atribuida por los Tratados constitutivos sin fijar el tipo de acto, pero producen efectos jurídicos supeditados a su contenido obligatorio o valor interpretativo sin sanción directa por su incumplimiento y sometidos al control de legalidad no formal del TJCE. La no *vinculatoriedad* o *carencia de obligatoriedad* de los actos comunitarios, ya sean típicos o atípicos, no los priva del carácter jurídico sino exclusivamente de la sanción directa. Se ha generalizado el uso del *soft law* o normas blandas referido a los actos normativos no vinculantes.

---

<sup>189</sup> Entre la extensa bibliografía, vid. EMBID IRUJO, J.M., "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea. (El Proyecto de Novena Directiva)", *CDC*, núm. 5, junio 1989, págs. 359-417; EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Ed. Comares, 2003, págs. 213-241; FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Cizur Menor, Civitas, 2007,

<sup>190</sup> Vid. PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social...*, ob. cit., págs. 61-67.

<sup>191</sup> Art. 288 TFUE: "Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. (...) La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, solo será obligatoria para éstos. Las recomendaciones y dictámenes no serán vinculantes".

<sup>192</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, A./LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones ...*, ob. cit., págs. 374-375; HIERRO ANIBARRO, S., "El soft law comunitario del Proyecto Nueva Empresa ¿Un nuevo instrumento de armonización del Derecho de Sociedades?", *RdS*, núm. 26, 2006, pág.147.

El soft law comunitario adquiere protagonismo como instrumento armonizador del Derecho societario merced a la nueva estrategia legislativa de la Unión Europea de finales de siglo XX.

*a) Nueva estrategia legislativa: la desregularización del Derecho Societario Europeo.*

El Derecho Comunitario, afectado por la crisis institucional y política<sup>193</sup> de finales de los años ochenta, inicia un cambio de la estrategia legislativa basada, hasta entonces en la armonización e institucionalización<sup>194</sup> del Derecho de Sociedades frente a la nueva corriente “desreguladora<sup>195</sup>” societaria procedente de Ordenamientos nacionales en los años 90. La doctrina<sup>196</sup> clasifica las deficiencias del sistema originario de integración jurídica comunitaria por su falta de fundamentación conceptual en la armonización, la resistencia de los Estados Miembros a la incorporación de elementos extraños a su tradición jurídica

---

<sup>193</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Problemas de política y técnica jurídica en Derecho de Sociedades: un balance”, AAVV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Vol. I.*, Madrid, MacGrawHill, 2002, págs. 161-163.

<sup>194</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F., “Nuevas estrategias ...”, ob. cit., págs. 15 y 20. La institucionalización societaria de las Directivas comunitarias sigue, en su primera etapa, el modelo societario del Derecho alemán, con el consiguiente riesgo de petrificación legislativa o fenómeno de “legislador imponente”: “el legislador comunitario, una vez promulgada una Directiva, retiene la competencia legislativa en la materia, y por tanto es responsable de la puesta al día de su normativa”.

<sup>195</sup> La desregularización societaria europea dio lugar a una proliferación de nuevos tipos societarios “simplificados”, flexibles y menos costosos que los ya existentes, como la Sociedad por Acciones Simplificada francesa de 1994, o la pequeña sociedad por acciones alemana del mismo año y en el Reino Unido se promulga en 1994 la *Desregulation and Contracting Out Act*. En España se lleva a cabo la reforma global del derecho de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995.

Vid. COURET, A., “Le PME dans les réformes des législations européennes. La société par actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée », en el Congreso Sobre las Pequeñas y medianas empresas y la reforma del Derecho de Sociedades en la Unión Europea, celebrado en Madrid 4 y 5 de febrero de 2004, disponible en <http://www.creda.ccip.fr>.

<sup>196</sup> Vid. VARGAS VASSEROT, C., “El derecho de Sociedades comunitario y la jurisprudencia del TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades”, *RdS*, núm. 22, 2004, pág. 325; HIERRO ANIBARRO, S., “EL soft law comunitario ...”, ob. cit., págs. 146-166; LUTTER, M., “Concepciones, éxitos ...”, ob. cit., 2002, págs. 39-52; ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza ...”, ob. cit., 2001, pág. 141.

mediante bloqueos políticos, la lentitud en la adopción de decisiones y el riesgo de petrificación normativa desvinculada de la globalización progresiva de la economía europea. Las políticas desreguladoras y simplificadoras del Derecho comunitario son la alternativa europea para eliminar la encorsetación y burocratización de las sociedades europeas que obstaculizaban el ejercicio de la libertad de empresa y comercio en el interior de la Unión Europea

La “desregulación” societaria, en un sentido amplio, viene impuesta por factores tecnológicos, económicos y de oportunidad para sociedades abiertas a la economía mundial, pero no equivale a la desaparición del Derecho sino a una “neorregulación<sup>197</sup>” más flexible e inteligente adaptada a las necesidades del mercado mediante la utilización de instrumentos normativos no vinculantes o *soft law* (nomas blandas) y la simplificación del Derecho comunitario en general y el societario en particular.

La materialización jurídica de la nueva estrategia implica: renunciar a posturas institucionalizadoras del Derecho de sociedades europeo a favor de la autonomía de la voluntad y la libertad de empresa; el reconocimiento expreso de los principios de *subsidiariedad y proporcionalidad*<sup>198</sup> del Art. 5 TCE (incorporados

---

<sup>197</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F., “Nuevas estrategias ...” ob. cit., pág. 15, “La neorregulación presupone una previa etapa de regulación excesiva, o no eficiente (...) y la necesaria desregularización, con la supresión o reducción de la normativa administrativa, restrictiva de la libre competencia”.

<sup>198</sup> Principios confirmados en el Consejo Europeo de Birmingham de 1992. La proporcionalidad implica que ninguna acción de la Comunidad se excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado; mientras que “...La subsidiariedad es un concepto dinámico y debe aplicarse a tenor de los objetivos que señala el Tratado. Permite que la intervención comunitaria, dentro de los límites de sus competencias, se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e, inversamente, que se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada. (...). Para que la actuación comunitaria esté justificada, deberán reunirse ambos aspectos del principio de subsidiariedad: que los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los Estados miembros en el marco de su sistema constitucional nacional y, por consiguiente, pueden lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad....y añade... La forma de la actuación comunitaria deberá ser lo más sencilla posible, coherente con el logro satisfactorio del objetivo de la medida y con la necesidad de su ejecución eficaz. La Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario. En igualdad de condiciones, las directivas serán preferibles a los reglamentos, y las directivas marco a las medidas detalladas...”. En definitiva, se reconoce la implicación directamente de las legislaciones nacionales en las propuestas y procesos legislativos comunitarios.

por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992) que someten la intervención comunitaria a los filtros de necesidad, eficacia y adecuada intensidad legislativa; la aceptación del *principio de competencia legislativa* como superación del temor al fenómeno “*the race to the bottom*”<sup>199</sup> y la incorporación de *la calidad de la redacción de la legislación comunitaria*<sup>200</sup> (Tratado de Ámsterdam 1997) como premisa exigible a las insituciones implicadas en el procedimiento legislativo comunitario (Parlamento Europeo, Consejo y Comisión). En definitiva, un enfoque más flexible del proceso armonizador<sup>201</sup> donde el legislador comunitario “orienta” las políticas legislativas de los Estados miembros de forma unitaria sin medidas coercitivas pero si normativas y reguladoras del funcionamiento del Mercado interior.

a’) Un compromiso con la calidad legislativa y las iniciativas simplificadoras del Derecho societario europeo.

La política comunitaria sobre calidad legislativa, paralela a la simplificación del acervo comunitario, rige la actuaciones normativas de las Instituciones sometidas a tres Acuerdos interinstitucionales; el primero de ellos, *relativo a las Directrices comunes sobre calidad de la redacción de la legislación comunitaria de 22 de diciembre de 1998*<sup>202</sup>, establece los principios generales de la redacción legislativa presididos por: a) la claridad, sencillez y precisión según el tipo de acto (obligatorio o no) y destinatarios de los mismos, evitando conceptos y terminología específica de sistemas jurídicos nacionales; b) uniformidad estructural en los actos legislativos según el modelo de: título, preámbulo, parte dispositiva y en su caso, anexos especificando el objeto, forma y estilo del contenido; c) actos legislativos comunitarios completos sin remisiones cruzadas o referencias en cascada y, d) el principio *self-explaining*<sup>203</sup> límite de declaraciones

---

<sup>199</sup> Vid. LUTTER, M., “Concepciones, éxitos ...”, ob. cit., 2002, pág. 47.

<sup>200</sup> Cfr. Declaración nº 39 aneja al Tratado de la Unión Europea, sobre la Calidad de la Redacción de la Legislación Comunitaria. El Consejo Europeo de Edimburgo de diciembre de 1992, resalta la necesidad de una legislación comunitaria más comprensible y accesible.

<sup>201</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea- Un plan para avanzar-. COM (2003) 284 final, Bruselas, 21.05.2003.

<sup>202</sup> DOUE C 73 de 17.03.1999.

<sup>203</sup> Vid. Declaración del Parlamento Europeo y del Consejo anexas al acuerdo interinstitucional de 22 de diciembre de 1998 mencionado.



interpretativas en los actos legislativos. El segundo *Acuerdo Interinstitucional de 28 de de noviembre de 2001 para un recurso más estructurado a la técnica de la refundición de los actos jurídicos*<sup>204</sup>, potencia la técnica legislativa de refundición normativa como el idóneo para efectuar operaciones de modificación, codificación y derogación de actos<sup>205</sup>. Y el tercer Acuerdo interinstitucionales, hecho en Estrasburgo el 16 de diciembre de 2003 "*Legislar mejor*"<sup>206</sup> sistematiza los principios legislativos comunitarios anteriores y añade los criterios de transparencia y accesibilidad de los ciudadanos al proceso legislativo, la justificación del instrumento legislativo y base jurídica elegida, nuevos métodos de regulación alternativos como la "corregulación"<sup>207</sup> y "autorregulación"<sup>208</sup> y mejora de la transposición y aplicación del Derecho comunitario en los Ordenamientos nacionales mediante la simplificación y reducción de volumen de normas comunitarias.

La política simplificadora del Derecho societario europeo, se inicia con las políticas comunitarias en favor de las PYMES<sup>209</sup> amparadas por el principio

---

<sup>204</sup> DOUE C 77 de 28.03.2002.

<sup>205</sup> Cfr. Apartado 2 Acuerdo de 28.11.2001. "... la refundición puede ser vertical (el nuevo acto sustituye a un único acto anterior) u horizontal (el nuevo acto jurídico sustituye a varios actos anteriores paralelos que regulan una misma materia)".

<sup>206</sup> DOUE C 321, de 31.12.2003.

<sup>207</sup> Cfr. Apartado 18.1 Acuerdo "*Legislar mejor*" define la corregulación: "como el mecanismo por el cual un acto legislativo comunitario habilita para la realización de los objetivos definidos por la autoridad legislativa a las partes interesadas reconocidas en el ámbito de que se trata (en particular, los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones)".

<sup>208</sup> Cfr. Apartado 22. 1 Acuerdo "*Legislar mejor*" define autorregulación: "como la posibilidad de que los agentes económicos, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales o las asociaciones adopten para sí directrices comunes de ámbito europeo (en particular códigos de conducta o acuerdos sectoriales)... estas iniciativas voluntarias no suponen una toma de posición por parte de las Instituciones, en particular, cuando se producen en ámbitos no regulados por los Tratados o en los que la Unión aún no ha legislado", no obstante "... la Comisión examinará las prácticas de autorregulación, con el fin de verificar su conformidad con las disposiciones del Tratado CE".

<sup>209</sup> El Libro Blanco sobre la consecución del Mercado Interior (COM (85) 310 final) enunciaba políticas comunitarias destinadas a crear un entorno favorable a la PYME. Las primeras medidas comunitarias parten de las instituciones que en 1986, a instancias de la Comisión, crean la "Task Force" para la PYME como embrión de la DG XXIII sobre Política de empresa, comercio, turismo y economía social de 1989, para culminar con la

comunitario “*think small first*” (pensar primero en los pequeños)<sup>210</sup> que pretenden reducir las cargas burocráticas y legislativas impeditivas de la competitividad empresarial. Siempre que la PYME pueda cumplir la normativa a un coste razonable, la gran empresa también podrá hacerlo, mientras que a la inversa no ocurre lo mismo. La primera iniciativa SLIM (*Simpler Legislation for the Internal Market*)<sup>211</sup> de la Comisión, no pretendía la armonización normativa sino la simplificación del acervo comunitario evaluando las opciones posibles en el Mercado interior, bien: (a) mediante la sustitución de las normas nacionales por una comunitaria (estandarización normativa), o bien (b) mediante la desregularización provocando la competencia entre los Ordenamientos nacionales como solución de problemas empresariales y societarios sin perjuicio de la probable “*race to the bottom*”.

La simplificación societaria utilizada inicialmente como instrumento armonizador y potenciador de las PYMEs se ha convertido finalmente en una acción legislativa prioritaria y consolidada en la Unión Europea generadora a su vez de múltiples actos normativos no vinculantes que la definen<sup>212</sup>, con el objetivo

---

modificación del Tratado de Maastricht incorporando el Art. 130 (Art. 157 TCE y Art. 173 TFUE) que reconoce como acción comunitaria el “*fomentar un entorno favorable a la iniciativa y al desarrollo de las empresas en el conjunto de la Comunidad, y, en particular, de las pequeñas y medianas empresas*”.

<sup>210</sup> Cfr. Recomendación 97/344/ CE de la Comisión de 22 de abril de 1997 sobre mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas. DOCE L 145 de 05.06.1997. págs. 29-51.

<sup>211</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Simplificación de la legislación en el Mercado Interior (SLIM): proyecto piloto COM (96) 204 final, Bruselas, 8.05.1996 y Resolución del Consejo de 8 de julio de 1996, sobre simplificación legislativa y administrativa en el ámbito del mercado interior. DOCE C 224 de 01.08.1996.

<sup>212</sup> Vid. Legislación más sencilla para el mercado único (SLIM): ampliación a una cuarta fase- Documento de trabajo de la Comisión, SEC (1998) 1944, de 16.11.1998; COM (2000) 104 final, Bruselas, 28.02.2000, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Reexamen del Proyecto SLIM; Simplificar la legislación en el Mercado Único (SLIM): ampliación a una quinta fase-Documento de trabajo de la Comisión, SEC (2001) 575, de 2.04.2001; COM (2003) 71 final, de 11.02.2003, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: actualizar y simplificar el acervo comunitario; COM (2005) 97, Bruselas 16.03.2005. Comunicación de la Comisión: “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo”; COM (2005) 535 final, Bruselas, 25.10.2005, Comunicación de la Comisión en aplicación del programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: una estrategia para la

de fomentar el empleo y la competitividad empresarial en el mercado interior mediante un marco regulador europeo que satisfaga los más altos estándares de producción legislativa mediante técnicas como las cláusulas de revisión o caducidad, codificación, corrección, refundición, procedimientos de consulta transparentes, flexibilidad de instrumentos normativos –soft law-, y preferencia del Reglamento comunitario sobre Directivas armonizadoras, entendiéndose que en determinados supuestos la sustitución de las Directivas por Reglamentos comunitarios constituye una simplificación al garantizar la aplicación uniforme e inmediata de los mismos a todos agentes sociales y evita las divergencias nacionales, e incluso la potenciación del uso de las tecnologías de la información en los procesos legislativos comunitarios<sup>213</sup>.

*b) Soft law comunitario en materia de sociedades.*

Las pautas legislativas en materia societaria desde finales de los años noventa se orientan hacia el establecimiento de mecanismos de control sobre las instituciones societarias ya creadas e instauradas (las auditorías y control financiero de las estructuras societarias) y abordar nuevos aspectos societarios como el gobierno corporativo, responsabilidad social corporativa y medioambiental de las empresas, y estandarización de los derechos de los inversores en los mercados valores, sin recurrir a los instrumentos imperativos tradicionales sino través de recomendaciones y fomento del consenso interinstitucional y social con la creación de foros de debate tanto gubernamentales como no gubernamentales. Las recomendaciones, comunicaciones y decisiones comunitarias que mejor definen esta tendencia son:

---

simplificación del marco regulador; COM (2007) 394 final, Bruselas 10.07.2007, Comunicación de la Comisión relativa a la simplificación del entorno empresarial en los ámbitos del Derecho de sociedades, contabilidad y la Auditoría; Vid. HIERRO ANIBARRO, S., “El Soft law comunitario ...”, ob. cit., págs.153-156.

<sup>213</sup> Vid. SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., “La simplificación legislativa en la Unión Europea: modernización del Derecho de Sociedades”, AAVV., *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal; Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, Tomo II*, Madrid, Marcial Pons, 2007, págs.1243 – 1267.

Recomendación de la Comisión de 15 de noviembre de 2000, sobre el control de la calidad de las Auditoría legal en la Unión Europea: requisitos mínimos<sup>214</sup>;

Recomendación de la Comisión, de 30 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento, la medición y la publicación de las cuestiones medioambientales en las cuentas anuales y los informes anuales de las empresas<sup>215</sup>;

Recomendación de la Comisión, de 16 de mayo de 2002, independencia de los auditores de cuentas en la UE: Principios Fundamentales<sup>216</sup>;

Decisión 2004/706/CE de la Comisión, de 15 de octubre de 2004, por la que se crea el Foro Europeo sobre la Gobernanza empresarial<sup>217</sup>, modificada por Decisión 2008/598/CE, de la Comisión de 25 de junio de 2008, en relación a la lista de los miembros del Foro cuyo mandato de tres años expiró el 17 de octubre de 2007.

Recomendación 2004/913/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 2004, relativa a la promoción de un régimen adecuado de remuneración de los consejeros de las empresas con cotización en bolsa<sup>218</sup>;

Decisión 2005/380/CE de la Comisión, de 28 de abril de 2005, relativa a la creación de un Grupo de expertos no gubernamentales en gobernanza empresarial y Derecho de sociedades<sup>219</sup>; Decisión modificada al expirar el

---

<sup>214</sup> DOUE L 91 de 31.01.2001.

<sup>215</sup> DOUE L 156 de 13.06.2001.

<sup>216</sup> DOUE L 191 de 19.07.2002.

<sup>217</sup> DOUE L 321 de 22.10.2004. El Foro Europeo sobre la gobernanza empresarial está compuesto por dieciocho miembros como máximo, nombrados por la Comisión entre personas que gocen de amplio reconocimiento a nivel comunitario en materia de gobernanza empresarial (Art. 3), con la función de asesorar a la Comisión y propiciar la convergencia de los Códigos nacionales de gobernanza empresarial (Art.2).

<sup>218</sup> DOUE L 385 de 29.12.2004.

<sup>219</sup> DOUE L 126 de 19.05.2005. El Grupo integrado por un máximo de 20 miembros procedentes de los medios empresariales y universitarios, o de la sociedad civil (Art. 3) nombrados a título personal por la Comisión durante un plazo de tres años renovable, que asesoran a la Comisión a petición de ésta. El presidente del Grupo es un miembro de la Comisión, y puede proponer que la Comisión consulte al Grupo sobre cualquier asunto relacionado con la gobernanza empresarial o el Derecho de Sociedades

mandato de sus miembros por la Decisión de la Comisión de 25 de abril de 2008<sup>220</sup>.

Decisión 2005/909/CE de la Comisión, de 14 de diciembre de 2005, por la que se crea un Grupo de Expertos para asesorar a la Comisión y facilitar la cooperación entre los sistemas de supervisión pública de los auditores legales y las sociedades de auditoría<sup>221</sup>;

Recomendación de la Comisión, de 15 de febrero de 2005, relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de Consejos de Administración o de supervisión, aplicables a empresas que cotizan en Bolsa<sup>222</sup>.

La doctrina ha destacado el papel transcendental en las legislaciones nacionales y estrategia societaria europea, del Informe Winter y la Comunicación sobre la modernización del Derecho de sociedades.

*c) El Informe Winter.*

El Informe Winter trae su causa en el rechazo de la Propuesta de Decimotercera Directiva de Sociedades sobre Ofertas públicas de Adquisición de acciones en la votación del 4 de julio de 2001 del Parlamento Europeo<sup>223</sup> y en el movimiento de reforma de Gobierno Corporativo Europeo<sup>224</sup>. La Comisión Europea encargó un informe inicial (4 de septiembre de 2001) al grupo de expertos presididos por el profesor holandés Jaap Winter, con el objetivo de fijar las normas europeas sobre OPAS, ampliado posteriormente en la reunión del Consejo del ECOFIN en Oviedo (abril 2002) al incluir las prioridades para la modernización del Derecho societario europeo y las posibilidades de nuevas

---

<sup>220</sup> DOUE L 120 de 7.05.2008.

<sup>221</sup> DOUE L 329 de 16.12.2005.

<sup>222</sup> DOUE L 52 de 25.02.2005.

<sup>223</sup> Se produjo un empate de 273 votos a favor y 273 votos en contra, con 22 abstenciones, que conforme al Reglamento de la Cámara supone la no aprobación.

<sup>224</sup> La doctrina encuentran en el Informe Winter, la reacción de la Unión Europea a la influencia americana de la Ley Sarbanes- Oxley, reconocida por todos como la respuesta inmediata a la crisis ocasionada en EEUU con el caso Enron y la quiebra de WorldCom, entre finales de 2001 y mayo de 2002. Vid. ARMANDO TORRENT, "Reflexiones sobre el gobierno corporativo: la comisión de nombramientos. (Apuntes críticos al proyecto de Código Conthe), *RdS*, núm. 26, 2006, págs. 219 y 129.

formas jurídicas societarias (por ejemplo la Sociedad Privada Europea). El contenido del Informe, presentado el 4 de noviembre de 2002, tiene por objetivo último fijar las pautas de actuación en relación al proceso de creación del Derecho comunitario en materia de sociedades y diferencia dos bloques: el primero, referido a principios generales de Derecho de Sociedades, y el segundo, sobre Gobierno corporativo societario (capítulo III del Informe Winter).

El Informe establece los siguientes principios informadores del Derecho de sociedades: a) armonización societaria europea desarrollada sobre los ejes fundamentales de la transparencia informativa y máxima eficiencia y competitividad empresarial; b) Regulación societaria flexible, protagonizada por una legislación "blanda" o *soft law* frente a normas imperativas (Directivas), donde el Mercado se convierte en instrumento normalizador, sometido a estrictos controles (Organismos reguladores del Mercado de Valores, por ejemplo) y refuerzo de los sistemas de Auditorías que permita recuperar la confianza en los gestores y administradores; c) reforzar los derechos de accionistas e inversores al garantizar el ejercicio de los derechos políticos de participación y voto en las Juntas generales recurriendo a la tecnología, con posibilidad de celebrar juntas no presenciales y el voto transfronterizo, y derechos de información sobre gobierno corporativo; d) Diferente tratamiento de las *Listed companies* (cap. III.2) (sociedades cotizadas y abiertas) y *Closed companies* (sociedades cerradas), para las primeras, la exigencia de transparencia es mayor al quedar obligadas a divulgar e informar sobre sus rendimientos financieros y sus prácticas de buen gobierno en el mercado.

El segundo bloque de contenidos del Informe sobre Gobierno corporativo, considera a las legislaciones de los Estados miembros responsables de la elección del modelo de organización, bien sea monista (Consejo de Administración con comisiones de control) o dualista (Consejo de Dirección y Consejo de vigilancia). Se recomienda que el Informe anual de gestión y Buen Gobierno corporativo dé cuenta de la composición y funcionamiento de estos órganos y de quiénes son los principales accionistas con sus derechos de voto y control (3.1.1c) y además, la referencia a un *Código de Gobierno Empresarial* de carácter nacional al que se ajuste la empresa o respecto del cual se justifique las eventuales desviaciones (3.1.1g), imponiendo lo que se ha convertido en el principio común de *comply or explain* (cumplimiento o justificación).

El Informe Winter en las cuestiones relativas a nuevos tipos societarios, considera que el nacimiento de un tipo social europeo dirigido para la PYME debe demorarse hasta la promulgación de la Décima Directiva de Sociedades relativa a las fusiones transfronterizas, dado que esta Directiva y su marco legal, podrá permitir a las PYMES actuar en el ámbito comunitario de forma satisfactoria. En todo caso, el Estatuto para la Sociedad Privada Europea<sup>225</sup>, debería permitir la integración tanto de personas físicas como jurídicas, y con independencia de que sus fundadores procedan de dos o más Estados miembros, pues en opinión de los expertos, la determinación del carácter europeo de la sociedad debe ser el hecho de que la sociedad vaya a desarrollar su actividad en el territorio de más de un Estado miembro. El Informe concluye que no urge la necesidad de crear regímenes europeos para las asociaciones, mutualidades o fundaciones recomendado, en todo caso, leyes modelo habida cuenta de la disparidad en reglamentaciones nacionales.

La doctrina<sup>226</sup> critica el carácter genérico del Informe Winter que deja en manos de los Estados Miembros el desarrollo legislativo y aplicación de la legislación de mínimos recomendada, con la única salvedad del principio de “*comply or explain*”; no obstante, la delimitación de aspectos societarios claves para el desarrollo del actual Derecho de sociedades merece una valoración positiva del meritado Informe.

*d) Comunicación de la Comisión sobre Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea- Un plan para avanzar.*

La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 2003, sobre “Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza

---

<sup>225</sup> Vid. Dictamen del Comité Económico y Social sobre “El acceso de las PYMES a un Estatuto de Derecho Europeo”. DOCE de 27.5.2002.

<sup>226</sup> Vid. AZOFRA, F., “El informe Winter sobre modernización del Derecho Societario Europeo”, *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, núm. 4/2003, págs. 31-44; GUERRA MARTÍN, G., “Capítulo III (Gobierno societario) del informe del grupo de alto nivel de expertos en derecho de sociedades sobre un marco normativo moderno para el derecho de sociedades en Europa, Informe Winter, Bruselas, 4 de noviembre de 2002”, *RdS*, núm.20, 2003, págs. 275-259.

empresarial en la Unión Europea- Un plan para avanzar”<sup>227</sup> es la respuesta de la Comisión al Informe Winter; considerado como un documento “europeo trascendental”<sup>228</sup> marca el punto de inflexión en la consolidación definitiva de la nueva estrategia legislativa societaria europea. El tradicional dirigismo estatal se abandona a favor de pautas marcadas por el Derecho de Sociedades Europeo que permite la realización efectiva, por un lado, de la libre circulación de sociedades en la Unión Europea merced a la consolidación definitiva de la línea jurisprudencial de la Sentencia Centros<sup>229</sup> (*Gründungstheorie*), y por otro, un mercado interior abierto a la globalización económica, protagonizado por la integración de los mercados de capitales, transparencia funcional y protección de los intereses de los inversores, socios y terceros. La *revolución del Derecho societario de los Estados miembros*, a la que aluden autores como S.TAFANI Y R. CARUSO<sup>230</sup>, es resultado del liderazgo normativo de la Unión Europea en esta materia.

La política modernizadora del Derecho societario europeo pretende dar respuesta a la realidad socio-económica de una economía globalizada que provoca el incremento, tanto en número como en modalidades, de las operaciones societarias transnacionales en el Mercado Interior. Se hace necesario la adopción de medidas legislativas que faciliten la libertad de establecimiento societario y sus

---

<sup>227</sup> COM (2003) 284 Final. Bruselas, 21.05.2003. Esta modernización del Derecho societario europeo responde a un enfoque plenamente integrado, vinculado a otras iniciativas comunitarias como: Comunicación de la Comisión “Aplicación del marco para los mercados financieros: Plan de acción”, COM (1999) 232 de 11.05.1999; Comunicación de la Comisión “La Estrategia de la Unión Europea en materia de la información financiera: el camino a seguir”, COM (2000) 359 de 13.06.2000; Comunicación de la Comisión sobre “Responsabilidad Social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible”, COM (2002) 347 de 2.07.2002; Comunicación de la Comisión sobre “Política Industrial en la Europa ampliada”, COM (2002) 714, de 11.12.2002; y la Comunicación de la Comisión de 21 de mayo de 2003 para “Reforzar la Auditoría legal en la Unión europea”.

<sup>228</sup> Vid. PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social...*, ob.cit., 2006, pág. 72; GUERRA MARTIN, G., “Comunicación de la Comisión Europea sobre modernización del Derecho de sociedades y mejora del gobierno societario en la Unión Europea”, *RdS*, núm. 2003-1, pág. 465.

<sup>229</sup> Vid. *ut supra* apartado “D. Límites a la movilidad intracomunitaria de las sociedades en el mercado común.”

<sup>230</sup> Vid. CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea”, *RdS*, núm. 28, 2007, pág. 100.



operaciones transfronterizas, la continua integración de los mercados de capitales, la incorporación de las nuevas tecnologías (Internet, video conferencia, correo electrónico, etc.) en los procesos de información y gestión societaria, garantizar a los inversores la transparencia de los mercados y la participación de manera activa en el gobierno societario, a la vez que las sucesivas ampliaciones de la Unión Europea exigen unos principios legislativos flexibles garantizadores de la seguridad jurídica frente a la diversidad nacional.

El plan modernizador de la Comisión se marca como objetivos<sup>231</sup> prioritarios: a) reforzar los derechos de los accionistas y protección de terceros, mediante la clarificación de las responsabilidades del *management*, el fortalecimiento de los derechos de accionistas y modernizar las disposiciones relativas a la protección de los acreedores; y b) promover la eficacia y competitividad empresarial conciliando las iniciativas comunitarias y nacionales; y en este sentido, las iniciativas de la Unión Europea abordarían los asuntos de carácter transfronterizo (fusiones, cambio de domicilio, ejercicio del derecho de voto), a la vez que se fomentaría la armonización de asuntos regulados por las legislaciones nacionales que redujeran la inseguridad jurídica y promoviera la flexibilidad societaria, con el fin de que, cuando los sistemas sean considerados equivalentes, las partes cuenten con amplio margen para la autonomía privada. Para lograr estos objetivos, los instrumentos jurídicos comunitarios empleados necesariamente se ajustarán a: los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, planteamientos diversos ante la misma propuesta,

---

<sup>231</sup> Vid. GUERRA MARTÍN, G., "Comunicación de la comisión europea sobre modernización...", ob.cit., págs. 467-468. En opinión de este autor, estas nuevas tendencias, en una primera impresión, no se mantienen fieles al proceso de simplificación del acervo comunitario, o al menos se logra parcialmente, pues los procesos de consulta y transparencia legislativa dilatan en el tiempo la consecución de respuestas rápidas a las situaciones del mercado; además los instrumentos de *soft law*, inducen a las legislaciones nacionales pero no las obligan en detrimento de la unificación y homogenización de las legislaciones nacionales. Se puede plantear una Europa de velocidades, en función de la diligencia de cada Estado miembro para incorporar las Directivas o implementar las recomendaciones comunitarias en sus Ordenamientos, siendo preferibles instrumentos uniformes como los Reglamentos que ganan en seguridad jurídica, aunque a veces generen cierta dispersión normativa, como la ocasionada por el sistema de fuentes del RESE.

procedimientos transparentes de consulta, soluciones legislativas flexibles en su aplicación pero firmes en criterios y principios inspiradores (*soft law*), en definitiva, actos legislativos que contribuyan de manera positiva a la evolución normativa internacional.

Desde el punto de vista del contenido, el Plan de Acción de la Comisión se estructura en siete apartados (gobierno societario; mantenimiento y modificación del capital social; grupos y pirámides; reestructuración y movilidad de sociedades; la Sociedad Privada Europea; la Sociedad Cooperativa Europea y otras formas legales europeas de empresas; y aumento de la transparencia de las formas legales nacionales de empresas), clasificados en acciones legislativas concretas, vinculantes o no según la naturaleza del instrumento reglamentario que debe utilizarse, a realizar a corto (2003-2005), medio (2006-2008) y largo plazo (a partir de 2009). Resultado de este plan de acción son, por ejemplo, la Décima Directiva de Sociedades 2005/56/CE sobre fusión transfronteriza de sociedades de capital, la Decisión de la Comisión 2004/706/CE de 15 de octubre, relativa a la creación del Foro Europeo de la Gobernanza empresarial, la Decisión 2005/305/CE de 28 de abril, relativa a la creación de un grupo de expertos no gubernamentales en gobernanza empresarial y Derecho de Sociedades y la Directiva 2007/36/CE de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas entre otras, aunque quedan pendientes las acciones concretas relativas a los grupos y pirámides de empresas, a la Sociedad Privada Europea y otras formas jurídicas nacionales, a la propuesta de Decimocuarta Directiva relativa a la transferencia transfronteriza de la sede y al examen de una alternativa viable al régimen de mantenimiento del capital social.

El legislador comunitario refuerza la modernización del Derecho societario europeo con el Programa comunitario de la *estrategia de Lisboa para la simplificación del marco regulador*<sup>232</sup> que profundiza en los mecanismos de simplificación legislativa, y con la Comunicación relativa a la *simplificación del entorno empresarial en los ámbitos del Derecho de Sociedades, Contabilidad y Auditoría*<sup>233</sup> donde la Comisión plantea la dicotomía de las tendencias legislativas en materia de sociedades, esto es, la elección entre: los actos jurídicos comunitarios limitados

---

<sup>232</sup> COM (2005) 535 final. Bruselas 25.10.2005.

<sup>233</sup> COM (2007) 394 final. Bruselas 10.07.2007.

única y exclusivamente a problemas transfronterizos, abandonando la técnica unificadora e institucionalizadora del derecho societario mantenida hasta ahora, ó como segunda opción, los actos jurídicos comunitarios centrados en la resolución de problemas concretos y simplificados para ayudar a las empresas de la Unión Europea.

Las materias de Derecho de Sociedades que se verían afectadas por la primera de las opciones, se centrarían en debatir si, en el estado actual del Derecho de sociedades comunitario, es necesario una nueva revisión de las Directivas Primera, Segunda, Tercera, Sexta, Undécima y Duodécima, para adecuarlas a las cuestiones estrictamente transfronterizas -siguiendo el modelo de la Décima Directiva- y limitando su contenido a unos principios reguladores e inspiradores que incidiera directamente en la reducción de los costes administrativos empresariales. Se trata en suma, de crear un régimen jurídico societario flexible que permita la rápida adaptación de las estructuras empresariales y corporativas, a una economía internacional en proceso de evolución constante.



---

**SEGUNDA PARTE**

**ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL PROCESO LEGISLATIVO  
COMUNITARIO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.  
LA INCORPORACIÓN DE LA SE A LA LEGISLACIÓN  
ESPAÑOLA.**



---

**CAPITULO PRIMERO.**

**GÉNESIS Y TRABAJOS PREPARATORIOS DEL REGLAMENTO  
COMUNITARIO DE LA SOCIEDAD ANONIMA EUROPEA (RESE).**

I. PRELIMINARES.

El Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001<sup>234</sup>, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea es el resultado de un proceso legislativo laborioso, discontinuo y prologando a lo largo de más de treinta años, calificado por la doctrina como *“la serpiente del mar del Derecho de sociedades”*<sup>235</sup>, *“el niño mimado de la ciencia jurídica societaria europea”*<sup>236</sup> e incluso el *“buque insignia del Derecho comunitario de sociedades”*<sup>237</sup>. La relevancia jurídico-económica del tipo societario justifica un proceso legislativo caracterizado por tensiones entre los intereses de la Unión Europea para la consecución del Mercado Interior<sup>238</sup> y los intereses jurídico-sociales de los Estados miembros demasiado dispares para que la pretendida homogeneidad del Derecho societario

---

<sup>234</sup> DOUE L 294 de 10.11.2001.

<sup>235</sup> Vid. SYNDET, H., *“Enfin la société européenne ?”*, RTDE, núm. 2, abril-junio, 1990, pág. 253.

<sup>236</sup> Vid. HOMMELHOFF, *“Einege Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft”* AG, núm.6, 2001, pág.279; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, F., *“El Reglamento de la Sociedad Europea ...”*, ob. cit., pág.19.

<sup>237</sup> Vid. AAVV. Dir. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea....*, ob.cit. pág. 12.

<sup>238</sup> Vid. Libro Blanco de la Comisión sobre la consecución del mercado interior - COM (85) 310 final, Bruselas 9.09.1986-, apartado 133, reconoce expresamente que la Comunidad debe ir más allá de la mera supresión de las barreras interiores mediante las libertades comunitarias, para crear un entorno que favorezca *“el desarrollo y la cooperación entre las empresas”*. Cfr. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Reglamento de la CEE del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Europea, Doc. COM (89) 268 final- SYN 218); Bruselas, 28 de marzo de 1990. CES 379/90.

europeo sea una realidad en el régimen jurídico de la SE e independiente de los Ordenamientos nacionales.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EMPRESAS INTERNACIONALES: LA IDEA DE UNA SOCIEDAD EUROPEA.

Los antecedentes de la Sociedad Europea se vinculan con los trabajos desarrollados a mediados del siglo pasado por diferentes Organismos Internacionales, que intentan dotar a las empresas internacionales de los mecanismos jurídicos necesarios para solventar problemas de Derecho Internacional Privado societario, como el traslado de sede social entre diferentes países, constitución de sociedades filiales, fusiones internacionales o las operaciones de reestructuración empresarial y reconocimiento de la personalidad jurídica.

La conferencia de la *International Law Association (ILA)* celebrada en Lucerna en septiembre de 1952, dio a conocer el informe del profesor Niboyet de la Facultad de Derecho de París sobre las particularidades jurídicas de las sociedades internacionales. Únicamente rasgos tipológicos caracterizaban las sociedades internacionales, constituidas por empresas de economía mixta (semipúblicas) a las que se les reconocía la coordinación y/o gestión de ciertas actividades internacionales acordes a su planificación, pero sometidas a un régimen jurídico diverso de carácter convencional resultado del acuerdo internacional bilateral o multilateral de constitución que establecía el régimen jurídico aplicable a cada supuesto concreto<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> Vid. AAVV., *Le Droit Européen. La libre circulation de personnes et des entreprises*, Bruselas, 1982, pág. 367; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "El Reglamento de la sociedad europea...", ob. cit., pág. 20. En el 34º Deutcher Juristentag de 1926 celebrado en Colonia tienen lugar los primeros debates sobre constitución de una sociedad mercantil internacional mediante convenios interestatales.



La Secretaria General del Consejo de Europa<sup>240</sup>, en 1949, formula la primera propuesta de ámbito europeo sobre un “Estatuto jurídico único” aplicable a empresas encargadas de la producción de bienes y servicios de interés general. Proyecto al que le sigue la propuesta sobre la “Sociedad europea” de 1952<sup>241</sup> limitado también a sociedades prestadoras de servicios públicos. Ambas propuestas sobre “*Companies Européennes*” son cuestionados por su naturaleza sectorial centrado en los aspectos económicos (ventajas de índole fiscal, limitación de los derechos de aduana, libre circulación de capitales y trabajadores), desatendiendo las implicaciones jurídicas, por su ámbito reducido a las empresas de interés público y sometidas a un régimen jurídico particular definido por sus Tratados constitutivos, estatutos y subsidiariamente por la legislación societaria de uno de los Estados implicados.

La realidad evidenciaba la creación de empresas internacionales de ámbito europeo como las sociedades Eurofina constituida en 1955, Eurochemic en 1957, Scandinavia Airlines System (SAS) en 1951, la Sociedad Internacional de la Moselle en 1956, la British Commonwealth Pacific Air Lines y la Unión del Carbón Sarro –Lorraine en 1956, constituídas todas ellas sobre la base de un acuerdo internacional entre dos o más Estados presentaban, no obstante, diferencias fundamentales en su régimen jurídico: algunas de ellas eran sometidas enteramente a un único estatuto jurídico nacional, otras reguladas en primer lugar por las disposiciones del acuerdo internacional y subsidiariamente por el Derecho del país donde se encontrara la sede social, y en otros supuestos, como exponente máximo de la “desnacionalización” las sociedades eran reguladas directamente por el acuerdo de constitución y subsidiariamente por principios

---

<sup>240</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales de la sociedad europea. Fuentes de regulación, capital y denominación”, AAVV., Coord. ESTEBAN VELASCO, G./ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob. cit., págs. 58-59; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El reglamento de la ...”, ob. cit., pág. 20; SANDERS, P., “The European Company”, *Journal of Business Law*, abril, 1968, pág.184; HOOD, J.B., “The European Company proposal”, *International and Comparative Law Quartely*, vol.22, Julio, 1973, págs.434-437; SYNDET, H., “Enfin la société européenne?”, *RTDE*, núm. 2 Abril-junio, 1990, pág. 253; MINERVINI, G., “Alcuni problema connessi alla creazione di una società di tipo europeo”, *Riv.Soc.*, 1966, págs. 984-985; GLEICHMANN, K./CATHALA, T., “Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Comisión des Communautés európeennes”, *Rev. sociétés*, 1972, pág. 9.

<sup>241</sup> Documento de la Asamblea de 24 de septiembre de 1952, Doc, AS/EC- 12.

comunes inspirados en las legislaciones de los Estados interesados, esto es, una regulación "ex novo" y específica para estas sociedades.

A pesar de los proyectos frustrados<sup>242</sup> para definir el régimen jurídico de las sociedades comerciales supranacionales, quedaba sin resolver una cuestión esencial del Derecho societario, tal y como expresó Ficker<sup>243</sup>: ¿sería económicamente deseable la creación de un nuevo tipo de sociedad internacional no constituida por los Estados, sino por capital privado?. Y si ello fuera así, ¿sería útil una regulación jurídica única para estas sociedades que respondiera a las características de estas sociedades y se ajustaran a los criterios de unificación legislativa?.

#### A. Sociedad de tipo europeo: el Proyecto Sanders.

La primera referencia pública a una Sociedad mercantil de Derecho comunitario, se atribuye al discurso del notario Sr. Thibierge, presentado en el 59º Congreso de Notarios de Francia en Tours y publicado en el año 1959, del que se hizo eco el Profesor Pieter Sanders en su famoso discurso "*Vers une société anonyme européenne?*"<sup>244</sup>, en el Instituto de Altos Estudios Económicos de

---

<sup>242</sup> Vid. HOOD, J.B, "The European ...", ob.cit., págs. 434-461. Contiene una recopilación cronológica de las propuestas y documentos más relevantes desde 1948 hasta 1972 y sus implicaciones en las legislaciones nacionales de los Estados miembros de los años 70.

<sup>243</sup> Vid. HANS CLAUDIUS FICKER, "A Project for a European Corporation", *European Business Law*, 1970, pág. 158.

<sup>244</sup> Vid. SANDERS, P., "*Vers une société anonyme européenne?*", *Riv.Società*, Nov.-Dic. 1959, págs.1163-1176. Discurso pronunciado el 22 de marzo de 1959. El novedoso planteamiento de Sanders residía en la referencia a una sociedad anónima de "tipo europeo" regulada por un Derecho europeo uniforme, de carácter general, accesible a los intereses públicos y también privados. La creación de una sociedad de tipo europeo proporcionaría ventajas de orden psicológico (desvinculación de criterios nacionalistas) y solventaba los supuestos de traslado de sede social, reconocimiento de personalidad jurídica y fusión de sociedades. La Sociedad Anónima europea no debería ser considerada como sociedad extranjera, sino que se uniría al elenco de tipos societarios existentes en cada Estado firmante del Convenio, con una regulación genuina propia sometida a un orden jurisdiccional común supranacional europeo que diera una respuesta uniforme a las controversias planteadas. Se trata en suma, de un planteamiento integrador de un "Derecho europeo para las sociedades anónimas", en perfecta sintonía con la armonización del Derecho de sociedades del Tratado de Roma, que se vería reforzado jurídica y económicamente, al facilitar a las Sociedades anónimas de tipo europeo una

Róterdam ese mismo año. La respuesta de la Comisión Europea de diciembre de 1959<sup>245</sup> a la propuesta de crear una Sociedad Europea inicia el proceso legislativo de una figura considerada relevante para la consecución de los objetivos del Tratado, aunque no exenta de numerosos problemas jurídicos y económicos.

La idea de una sociedad de tipo europeo se desarrolló en numerosos foros jurídicos (Congreso de Abogados de París en 1960, la Asociación alemana de Derecho comparado en 1961), y la propia Comisión en 1960, a fin de evitar planteamientos puramente teóricos, invitó a las grandes Asociaciones europeas de la industria y del comercio (UNICE<sup>246</sup> y Conferencia permanente de las Cámaras de comercio e industria de la CEE<sup>247</sup>) a que presentaran sus propuestas. A partir de 1965 los trabajos realizados sobre esta materia adquieren el carácter de oficiales a partir de la nota del Gobierno Francés<sup>248</sup> de 15 de marzo de ese mismo año dirigida al Consejo de la Comunidad Europea, sobre la creación de una Sociedad comercial de tipo europeo. La iniciativa francesa propuso un Estatuto de sociedad comercial de tipo europeo que regulara los requisitos de constitución (denominación, fundación, capital mínimo, ventajas para los promotores), funcionamiento de la sociedad (órganos de gestión, las juntas generales, presentación y control de cuentas anuales), cuestiones relativas a los grupos de

---

reorganización de sus estructuras financieras en el mercado interior, tales como el acceso al ahorro privado o financiación por entidades de crédito.

<sup>245</sup> Vid. DOCE, núm. 65, 19.12.1959, pág. 1272, Respuesta de la Comisión a la pregunta nº. 47 de M. LICHTENAUER.; MINERVINI, G., "Alcuni problemi ...", ob.cit., págs. 984-985; VASSEUR, M., "Per una società di tipo europeo", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1964, págs. 83-99. No limita su propuesta a única sociedad anónima europea, sugiere incluso la elaboración de un "Código Europeo de Sociedades" como expresión de la tendencia europea hacia la convergencia de sistemas y unificación legislativa de la materia comercial.

<sup>246</sup> Constituida en el seno de la CEE en marzo de 1958 como "*Union des Industries de la Communauté européenne*", desde enero de 2007 bajo "*The Confederation of European Business*" más acorde con los intereses y objetivos del siglo XXI. Disponible en <http://www.Businessseurope.eu/>

<sup>247</sup> Fundada en 1958, la Asociación Europea de Cámaras de Comercio, funciona en la actualidad bajo el nombre de Eurocámaras. Disponible en: <http://www.Eurochambres.be/>

<sup>248</sup> Vid. "Note du Gouvernement français sur la creation d'une société commerciale de type européen", *Riv.Soc.*, 1966, págs. 1091-1094; HANS CLAUDIUS FICKER, "A Project for ...", ob.cit., págs. 161-162; MINERVINI, G., "Alcuni problemi ...", ob.cit., pág. 985.

sociedades (modelo de cuentas consolidadas, las participaciones recíprocas y la creación de filiales) y cuestiones fiscales (armonización fiscal europea de sociedades comerciales). Planteaba, en suma, la necesidad de un nuevo Derecho uniforme (*Droit uniforme nouveaue*)<sup>249</sup> común a los Ordenamientos nacionales en los que se incorporara. La respuesta de la Comisión a la propuesta francesa fue el célebre Memorándum de la Comisión europea sobre la creación de una sociedad comercial europea de 22 de abril de 1966<sup>250</sup> que incluía el encargo, a un grupo de expertos<sup>251</sup> presididos por el profesor Sanders, del estudio y elaboración de un *Proyecto de Estatuto de una sociedad de tipo europeo*.

El Informe del “Proyecto Sanders sobre Sociedad Europea”<sup>252</sup> presentado en enero de 1967 definía los rasgos morfológicos y tipológicos reconocibles en la configuración actual de la SE, tales como, sociedad de responsabilidad limitada añadida al elenco de los tipos societarios nacionales, sociedad de segundo grado o sociedad de sociedades restringida a las personas físicas y modalidades de constitución limitadas a operaciones concretas de concentración o reestructuración empresarial (fusión, holding, filial). Por otro lado, el Proyecto Sanders propuso un régimen jurídico global y único en todos los Estados miembros, sometido a un “*forum commune*” que evitara posibles interpretaciones nacionalistas del régimen legal de la Sociedad Europea<sup>253</sup>. La uniformidad y

---

<sup>249</sup> Éste será el germen de un debate de fondo sobre la naturaleza jurídica de la Sociedad Europea en su consideración como una sociedad de tipo europeo (propuesta del Gobierno francés) o una sociedad de derecho europeo (postura defendida por la Comisión

<sup>250</sup> Vid. “Mémorandum de la Commission de la Communauté européenne sur la création d’une société commerciale européenne”, *Riv.Soc.*, 1966, págs. 1095-1122.

<sup>251</sup> El grupo estaba compuesto por los profesores Von Caemmerer (Alemania), Dabin (Bélgica), Marty (Francia), Minervini (Italia) y Arendt (Luxemburgo). Vid. MINERVINI, G., “Alcuni problemi ...”, *ob.cit.*, 1966, pág. 986.

<sup>252</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de ...”, *ob. cit.*, págs. 19-56; ANSÓN PERIRONCELY, R./GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea: análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, Madrid, Bosch, 2004; SYNVEIT, H., “Enfin la société ...”, *ob. cit.*, págs. 253-255; QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La Sociedad anónima europea», AAVV., *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando ...*, *ob. cit.*, pág. 4287.

<sup>253</sup> Vid. SANDERS, P., “The European ...”, *ob.cit.*, pág.186, expresamente reconoce, “Therefore, there will be no reference to national law as far as subjects dealt with in the statute are concerned. In this way the danger of different national interpretations is avoid. The legal basis of

unidad del régimen jurídico no se ve afectada por la naturaleza jurídica del instrumento de regulación, ya sea de Derecho comunitario europeo – *sociedad europea*- o se trate de un Convenio de Derecho uniforme aplicable en los ordenamientos nacionales –*sociedad de tipo europeo*-, alejándose de la controversia suscitada con la propuesta francesa.

El Proyecto Sanders, si bien se presentaba como solución neutral a los procesos de fusión internacional de la gran empresa al superar el factor psicológico nacionalista, se tildaba por otro lado de excesivamente liberal al permitir el acceso a empresas de terceros países no comunitarios siempre que tuvieran un vínculo económico efectivo con la Comunidad, además, las restricciones de acceso de naturaleza subjetiva encontraron el rechazo de algunos estudiosos reunidos en los Congresos de Villa Pignatelli y del ISLE, partidarios de una sociedad europea abierta tanto a las personas físicas como a las jurídicas, empresarios o no, incluidas las PYMES<sup>254</sup>.

### III. PROYECTOS DE REGLAMENTO SE EN LOS AÑOS SETENTA.

#### A. Primera Propuesta de Reglamento SE de 1970.

La Comisión Europea presentó al Consejo la primera Propuesta de Reglamento sobre Sociedad Anónima Europea (PRESE) en 1970<sup>255</sup>; en un exhaustivo texto de 284 artículos y anexo de inspiración alemana<sup>256</sup> completa el régimen legal previsto en el Proyecto Sanders (aspectos contables, fiscales y delitos societarios) e introduce cambios significativos en la base legal e

---

*the European Company –much discussed in the beginning- therefore seems to be of minor importance. The European company will have as its legal territory the territories of all states acceding to the convention. In all these countries it will be treated on the same footing as national limited companies are.”*

<sup>254</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Características generales ...”, ob.cit., pie página núm. 53, pág.71.

<sup>255</sup> DOCE de 10.10.1970; Vid. HANS CLAUDIUS FICKER, “A project for ...”, ob.cit., págs. 162-169; VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Características generales ...”, ob.cit., págs. 58-61; GLEICHMANN, K./CATHALA, T., “Le statut des sociétés ...», ob.cit., págs. 7-72.

<sup>256</sup> Vid. HOOD, J., “The European Company ...”, ob.cit., 1973, págs. 437-438, fija la influencia del Código alemán de sociedades de 1965 en el PRESE de 1970 en un 75%, sin obviar la influencia en parte del derecho británico y americano.

instrumental de regulación. El Proyecto Sanders apostaba por la vía convencional entre los Estados interesados, mientras que la Comisión opta por la estrategia de política legislativa comunitaria más coherente y ágil del Reglamento comunitario del Art. 235 TCEE<sup>257</sup>.

El régimen jurídico del PRESE de 1970 se caracteriza por:

- Restricciones de accesibilidad a la SE distinguiendo entre:

- Límites de carácter político: solamente las Sociedades anónimas constituidas conforme a la legislación de dos o más Estados miembros<sup>258</sup> pueden ser parte de una Sociedad Europea.

---

<sup>257</sup> La determinación de la base legal de regulación de la SE no es una cuestión baladí; objeto de controversias en el proceso legislativo, trata de dilucidar la política legislativa de la Comunidad que afecta tanto a la técnica jurídica empleada como a la naturaleza jurídica del tipo societario. Desde la perspectiva de política legislativa, la cuestión se polariza entre el protagonismo atribuido a los Ordenamientos nacionales mediante Convenios internacionales de Derecho Internacional Privado, o el atribuido a las Instituciones Comunitarias. Desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de la SE, la elección del Convenio de Derecho Internacional Privado se relaciona con una sociedad de “tipo europeo”, mientras que el Reglamento comunitario con una sociedad de “Derecho europeo”. Por último, desde la perspectiva de técnica jurídica de la sociedad de Derecho europeo, no se considera la opción convencional del Art. 220 TCEE, pues se cede el protagonismo a los gobiernos nacionales para ratificar un convenio de carácter internacional; la solución armonizadora de Directivas societarias del Art. 54.3.g) TCEE tampoco permite la reglamentación uniforme pretendida en el nuevo tipo societario; así el recurso al Art.235 TCEE se presenta como el idóneo para cumplir los objetivos de la Comisión resolviendo tanto los problemas institucionales como jurídicos de la cuestión. El Art. 235 TCEE reconoce la iniciativa legislativa a las Instituciones comunitarias – “en los supuestos en los que una acción de la Comunidad sea necesaria para la consecución del mercado interior y no estuviera prevista en el Tratado” -, a la vez que, desde una perspectiva formal, permite la utilización de un instrumento jurídico comunitario de carácter uniforme como el Reglamento comunitario, siempre que se adopte por unanimidad del Consejo a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento europeo. Vid. GLEICHMANN, K./CATHALA, T., “Le statut des sociétés anonymes ... », ob.cit., págs. 18-19 ; HOOD, J.B., «The european company... », ob.cit., págs. 441-442 ; HANS CLAUDIUS FICKER, «A project for ...”, ob.cit., pág. 163 ; C. A.E. UIKEN VENEMA, “Coordination du droit des sociétés dans la CEE », *Riv. Soc.*, 1966, págs. 995- 1011;

<sup>258</sup> Cfr.Art. 2 PRESE 1970. Reserva legal que el Proyecto Sanders contempla solo en supuestos de constitución por fusión o sociedad holding. Limitación de orden político restrictiva de sociedades extranjeras y justificada por las Instituciones europeas que

- Límites de carácter técnico: modalidades de constitución reservadas a la fusión de SA, creación de SE holding o SE filial común (el proyecto Sanders contemplaba dos supuestos más: transformación de una SA en SE y constitución de filial única).
  - Límites de carácter económico-financiero: capital social mínimo diferenciado para supuestos de constitución por fusión o holding en 500.000 unidades de cuenta, filial común en 250.000 unidades de cuenta y creación de filial por SE en 100.000 unidades de cuenta. (El Proyecto Sanders fijaba la franja del capital social mínimo entre 1.000.000 y 250.000 unidades de cuenta).
- Control de legalidad y jurisdiccional de la SE: el TJCEE único órgano competente para interpretar el Estatuto de la SE (Arts. 8 a 39 PRESE- 70). Se prevé tres fases en la constitución de la SE: la primera referida a los actos exigidos a los fundadores, segunda relacionada con el control de legalidad por TJCEE y tercera fase de inscripción o inmatriculación en un Registro europeo de comercio y posterior publicación en el DOCE como reconocimiento de la personalidad jurídica societaria.
- Régimen jurídico del capital social (Arts. 40 a 61): se establecen restricciones a la adquisición de acciones propias y se admiten distintas clases de acciones pero quedan expresamente prohibidas las acciones de voto plural.
- Sistema de administración y gestión de la sociedad encomendado al Comité de Dirección y al Consejo de Vigilancia<sup>259</sup> (Arts. 62-99). Sistema dualista sin posibilidad de elección.

---

conciben la SE como instrumento de cooperación empresarial intracomunitaria y no como nueva vía de acceso al mercado interior de sociedades extranjeras. Este primer PRESE introduce además como novedad la exigencia de comunitarización o vocación europea de la SE, es decir, exigencia de constitución por SA de dos o más Estados miembros. Vid. GLEICHMANN, K./CATHALA, T., "Le statut des sociétés.... », ob.cit., pág.33; ZURITA Y SAENZ DE NAVARRETE, J., "La integración económica en la CEE y el acceso ...", ob. cit., 1978, pág. 47.

<sup>259</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., "La representación de la sociedad frente a terceros. (Un estudio sobre la normativa del Proyecto de Estatuto S.E. en relación con el reciente proceso de coordinación de las legislaciones europeas y la situación del Derecho español",

- Régimen de participación de los trabajadores: regulado en el Título V PRESE-70 en base a un sistema triangular: en el centro, el Comité Europeo de Empresa, como órgano central del sistema garantiza la representación de los trabajadores en el plano empresarial (Arts. 100-129); a un lado, la representación de los trabajadores en el seno del Consejo de Vigilancia u órgano de control, como máximo un tercio del total de los miembros del órgano de control (Arts.137-145); y al otro, la representación de los trabajadores encargados de la negociación colectiva "europea" llevada a cabo por los sindicatos de los distintos establecimientos (Arts. 146-147).

- Régimen jurídico de las cuentas anuales, documentos sociales y sistemas de evaluación y verificación contable regulados en los Arts. 148 a 222 PRESE-70. Elocuente voluntad del legislador comunitario de crear un tipo societario particularmente "transparente"<sup>260</sup> a la vez que, se anticipaba a una materia que no había sido armonizada en esa fecha en el Derecho societario europeo<sup>261</sup>.

- Régimen jurídico del grupo: regulación novedosa (Arts. 223 y ss.) que establece los requisitos para la existencia de un grupo, así como los mecanismos de protección externa y relaciones internas entre la sociedad dominante y las sociedades dependientes. El grupo existe cuando confluye una situación de dependencia entre sociedad dominante y una o más sociedades dependientes junto a la unidad de decisión económica ejercida por la dirección de la sociedad dominante.

El PRESE -70 nunca fue aprobado por el Consejo que por arriesgado y novedoso no fue incluido en ningún orden del día para su votación. La versión enmendada se presentó por la Comisión Europea al Consejo una vez tomados en consideración los informes no vinculantes del Comité Económico y Social<sup>262</sup> y del Parlamento europeo<sup>263</sup> en la versión conocida como Proyecto de 1975.

---

AAVV, Dir. GIRÓN TENA, J., *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la CEE*, Madrid, Facultad de Derecho UCM, 1978, págs. 235-334.

<sup>260</sup> Vid. GLEICHMANN, K./CATHALA, T., "Le statut des sociétés..... », ob.cit., pág. 55.

<sup>261</sup> Vid. Cuarta Directiva de Sociedades sobre las cuentas sociales, núm. 78/660/CEE.

<sup>262</sup> DO C 131, 13.12.1972, pág. 32.

<sup>263</sup> DO C 93, 7.8.1974, pág. 22.



## B. Segunda Propuesta de Reglamento SE de 1975.

El segundo PRESE -75<sup>264</sup> introduce modificaciones puntuales en cuanto a los requisitos de acceso a la SE, la participación de los trabajadores en los órganos societarios y régimen jurídico del grupo.

La nueva redacción de los Arts. 2 y 3 PRESE-75 reconoce el acceso a la SE filial común a cualquier sociedad con personalidad jurídica de Derecho público o privado, incluso las cooperativas, siempre que estén constituidas según el Derecho de uno de los Estados miembros; el acceso a la SE mediante fusión o holding continua reservado a las SA nacionales. Esta modificación pretende solventar las críticas planteadas por el Parlamento Europeo y el Consejo Económico y Social que consideraban el PRESE-70 excesivamente limitado a las sociedades anónimas. La representación de los trabajadores se modifica según el modelo uniforme y obligatorio de composición tripartita del Consejo de Vigilancia integrado en un tercio por representantes de accionistas, otro por representantes de los trabajadores y el otro tercio por miembros cooptados por esos dos grupos (artículo 74.a PRESE-75).

Respecto del tratamiento dispensado a los grupos de sociedades, el PRESE-75 difiere de la regulación proyectada en la propuesta de Novena Directiva societaria de 1974 y 1975<sup>265</sup> para determinar la existencia del grupo. Estas últimas propugnaban la aplicación del sistema alemán conocido como “modelo contractual”, mientras que el Estatuto de la SE propugnaba el “modelo orgánico”, según el cual se aplicaba el régimen jurídico de los grupos cuando consta su existencia en un sentido económico.

---

<sup>264</sup> COM (1975) 159 Final.

<sup>265</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R./GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob.cit., pág. 27. “...Los celos que despertaba la nueva figura societaria de corte europeo aumentaron con esta particular regulación de la materia, a la que se le reprochó su rigidez, al imponer normas de protección propias de los grupos ante el mero hecho de una situación de control, frente a la óptica, en apariencia más acorde con la autonomía de la voluntad, de reservar esta regulación a la voluntad negociadora”.

Los PRESEs de los años setenta<sup>266</sup> perfilan a la SE como un tipo societario supranacional, de Derecho comunitario, con régimen jurídico totalizador, genuino y excluyente en sí mismo de los Derechos nacionales. La originalidad y excesivo tecnicismo de las soluciones proyectadas en el Estatuto, además del rechazo y sentimiento de temor que suscitaba a los Estados miembros los privilegios reconocidos a las SE de los que no disfrutaban las demás sociedades de derecho común, levantaron suspicacias en los ámbitos sociales (asociaciones de empresarios) e institucionales (las negociaciones del Consejo se suspendieron en 1982), desembocando en el bloqueo irreversible y vía muerta del PRESE durante la década de los años ochenta.

#### IV. PROPUESTAS DE REGLAMENTO DE LA SE EN LOS AÑOS NOVENTA.

##### **A. Trabajos preparatorios a las nuevas propuestas de Reglamentación de la SE.**

El bloqueo institucional del PRESE se supera merced, entre otros factores, a los cambios políticos y económicos iniciados en 1986 con la aprobación del Acta Única Europea<sup>267</sup>. La Europa de los doce y la consecución del Mercado interior en el horizonte temporal de 1992 supuso el acicate necesario para retomar el instrumento de cooperación empresarial por antonomasia de la SE. Durante el amplio periodo de reflexión de más de diez años, se llevaron a cabo intensos debates sobre los aspectos más polémicos del PRESE<sup>268</sup> centrados en la estructura

---

<sup>266</sup> Vid. ZURITA Y SAENZ DE NAVARRETE, J., "La integración económica en la CEE ...", ob. cit., pág. 60; GARCÍA RIESTRA, M., "La Sociedad Anónima Europea", *Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo CEU*, núm. 4, 2002, disponible en <http://www.ceu.es/idee>.

<sup>267</sup> AUE ratificada 17 de febrero de 1986 por la República Federal de Alemania, Bélgica, Francia, Irlanda, Países Bajos, Luxemburgo, Reino Unido, Portugal y España; y el 28 de febrero de 1986 por Grecia, Italia y Dinamarca (éste último país necesitó un referéndum, igual que Irlanda que además llevo a cabo una reforma constitucional). Entrada en vigor el 1 de julio de 1987.

<sup>268</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., "La Sociedad Anónima Europea: la regulación de la participación de los trabajadores", *RDBB*, núm. 40, 1990, págs. 896; SYNDET, H., "Enfin la ...", ob.cit., págs. 254 y 255; RASNER, H., "Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) ist sie wünschenswert?", *ZGR*, 3/1992, págs.316-317; ANSÓN PERIONCELY,R./GUTIÉRREZ

del órgano de administración (monista o dualista), el régimen de participación de los trabajadores, la disciplina sobre grupos de empresas y el régimen fiscal de la SE. Los documentos de trabajos que contribuyen a la definición de los nuevos rasgos tipológicos y morfológicos de la SE, además de las aportaciones doctrinales, en los años noventa son: Libro Blanco de la Comisión sobre el Mercado Interior, el Libro Verde sobre participación de los trabajadores, Directivas Societarias y el Memorándum de la Comisión sobre el mercado interior y el Estatuto de la Sociedad Europea.

*a) Libro Blanco de la Comisión para la consecución del Mercado Interior.*

El mandato expreso contenido en los apartados 136 y 137 del *“Libro Blanco para la consecución del Mercado interior”*<sup>269</sup> aludía expresamente a *“la falta de un marco jurídico comunitario que favorezca la actividad transfronteriza de las empresas y la cooperación entre empresas de distintos Estados miembros ha llevado –quizá únicamente por razones psicológicas– al fracaso de numerosos proyectos comunes. Por primera vez, la Comunidad ha permitido la creación de un nuevo tipo de asociación, conocida como “Agrupación europea de interés económico”; ésta asociación se regirá por una legislación comunitaria uniforme y facilitará la realización de actividades específicas comunes por parte de las empresas de distintos Estados miembros.”* Asimismo reconoce que esperando una decisión del Consejo sobre la propuesta relativa al Estatuto de la Sociedad Europea, la Comisión es consciente de la importancia de la misma como *“instrumento favorecedor de la cooperación industrial en un mercado unificado”* y establece la fecha de 1992 como límite para producirse una decisión al respecto, sin perjuicio de posibles modificaciones en función de los resultados obtenidos en en la aproximación de legislaciones societarias nacionales.

*b) Libro Verde de la Comisión sobre participación de los trabajadores y estructura de las empresas.*

El *“Libro verde de la Comisión de las Comunidades europeas sobre la participación de los trabajadores y estructura de las empresas”* de 1976 constata la complejidad de

---

DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea ...*, ob. cit., págs. 27-28; QUIJANO GONZÁLEZ, J., *“La Sociedad Anónima ...”*, ob. cit., págs. 4287 -4292..

<sup>269</sup> Vid. COM (85) 310 final, versión española de 9.09.1986, pág. 34.

esta materia no percibida en los PRESE de los años setenta<sup>270</sup>. El régimen previsto sobre participación de trabajadores en la SE era paralelo a las Propuesta de Quinta Directiva de Sociedades<sup>271</sup> y sometido a las mismas críticas y rechazo por parte de los Estados miembros. El debate sobre la cuestión de la implicación de los trabajadores en la SE pivotaba entre imponer un sistema propio y genuino, o dar entrada a los Estados miembros en la regulación de la materia mediante la remisión expresa a las reglamentaciones europeas, respetando así las tradiciones jurídicas de los Ordenamientos implicados en el proceso de constitución de la SE. Conciliar la diversidad de modelos nacionales de participación o implicación de los trabajadores en la sociedad en una reglamentación única fue calificada como la cuestión *más peliaguda de resolver*<sup>272</sup> centrada principalmente en evitar la

---

<sup>270</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., "Participación de los trabajadores en la Sociedad Europea. ¿Más cerca de un compromiso político?", AAVV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje...Vol.II*, ob.cit., págs. 1677-1689; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., "Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las propuestas de Estatuto de Sociedad Anónima Europea y de Quinta Directiva)", RGD, núm. 577, 1992, págs. 10176 -10223; VASQUEZ, F., «La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva», AAVV.,Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea ...*, ob.cit., págs. 915-993; VALDÉS DAL-RE, F., "La implicación de los trabajadores en la sociedad europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)", AAVV. Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob.cit., págs. 1071-1110; CASAS BAAMONDE, M.E., "La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferente modelos de implicación convenida), AAVV. Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob.cit., págs. 996-1069; MINERVINI, G., "Notte in tema di Statuto della società europea", *Rivista di diritto commerciale*, 1992, págs. 7-12.

<sup>271</sup> Primera Propuesta de la Comisión al Consejo de la Quinta Directiva de Sociedades sobre estructura organizativa de las sociedades anónimas de 9.10.1972 (DOCE C 131, 13.12.1972); Propuesta Modificada de Quinta Directiva de 19.08.1983 (DOCE C 240, 12.09.1983); Segunda Propuesta Modificada de Quinta Directiva de 20.12.1990 (DOCE C 7, 11.01.1991) y Tercera Propuesta Modificada de Quinta Directiva de 20.11.1991. Vid. ESTEBAN VELASCO, G., "Nuevas perspectivas de modificación de la Segunda Directiva y de la propuesta de Quinta Directiva de Derecho de Sociedades", *RDBB*, núm. 44, 1991, págs. 1.161 y ss; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., "Administración social y participación laboral.....", ob.cit., págs. 10208-10209.

<sup>272</sup> Cfr. VASQUEZ, F., «La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria.....», ob. cit., pág. 916; VALDÉS DAL- RÉ, F., "La implicación de los trabajadores ...", ob. cit., pág. 1072. La doctrina mayoritaria entiende que la crisis de la SE

“deslocalización jurídica”, esto es, evitar que las sociedades de Derecho nacional decidieran incorporarse a la SE para eludir las normas nacionales relativas a la participación de los trabajadores.

La Propuesta modificada de Directiva sobre información y consulta de los trabajadores de empresas de estructura compleja de 13 de julio de 1983 (*Propuesta Vredeling*) y la “*Carta comunitaria sobre los Derechos sociales fundamentales de los trabajadores*”, aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, están al servicio de la armonización de los sistemas de participación<sup>273</sup> de los trabajadores ya que contribuyen no sólo a la realización del Mercado interior europeo, sino que aportan ventajas económicas a los operadores económicos. La participación de los trabajadores en el ámbito del Estatuto de la SE no se trata de un aspecto más de los derechos sociales sino que es “*también un instrumento que favorece el buen funcionamiento y el éxito de las empresa gracias al establecimiento de relaciones entre la dirección y empleados en el lugar de trabajo*”.

*c) Armonización del derecho societario europeo.*

La intensa labor armonizadora del Derecho societario europeo de décadas anteriores regulan prácticamente la totalidad del régimen jurídico de la sociedad anónima (Primera Directiva 1968 sobre publicidad de sociedades; Segunda Directiva 1977 sobre constitución y capital social; Tercera Directiva 1978 sobre fusión de sociedades anónimas; Cuarta Directiva 1978 sobre las cuentas anuales; Sexta Directiva 1982 sobre escisión de sociedades; Séptima Directiva 1983 sobre cuentas consolidadas; Undécima Directiva 1989 relativa a la publicidad de sucursales; Duodécima Directiva 1989 sobre sociedades unipersonales y Reglamento 1985 sobre Agrupación Europea de Interés Económico), además de

---

en estos años, no cabe achacarlo únicamente a la cuestión de la participación de los trabajadores; es más bien un cúmulo de circunstancias de diversa índole como el riesgo a una posible deslocalización de empresas temida por los EEMM, incluso la referida rigidez y originalidad de las propuestas que despertaba recelos de los agentes sociales, juristas y asesores de empresas. Vid. BOUCOURECHLIEV, *Une société de droit européen?*, Paris, 1999 citado pie de pág.12 por VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Características generales ...”, ob. cit., pág.60; ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza ...”, ob.cit., pág. 144; GARCÍA RIESTRA, M., “La Sociedad Anónima Europea...”, ob. cit., pág. 9.

<sup>273</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “La Sociedad Anónima Europea: la regulación de la participación de los trabajadores”, *RDDB*, 1990, pág. 903.

las infructuosas propuestas de Quinta y Novena Directiva de Sociedades<sup>274</sup>. El nuevo régimen armonizado de las legislaciones nacionales repercute directamente en el proceso legislativo de la SE mediante la técnica jurídica del reenvío a los Derechos nacionales en materias suficientemente armonizadas contribuyendo a la simplificación y adelgazamiento de la nueva reglamentación de la SE<sup>275</sup>. En cualquier caso, el Derecho societario armonizado no elimina la subsistencia de sistemas jurídicos y prácticas administrativas diferentes en los Estados miembros.

*d) Memorandum de la Comisión sobre el Mercado Interior y Estatuto de la Sociedad Europea.*

El Memorandum de la Comisión al Parlamento, al Consejo y a los interlocutores sociales, *sobre el Mercado Interior y Cooperación industrial -Estatuto de la Sociedad Europea- Libro Blanco sobre el mercado interior, punto 137*, de 15 de julio 1988<sup>276</sup> es el documento decisivo para la puesta en marcha de la nueva etapa del proceso legislativo de la SE. El Estatuto de la Sociedad Europea se presenta como

---

<sup>274</sup> Proyecto de la Comisión de Novena Directiva del Consejo, sobre armonización legislativa del Derecho de los grupos de sociedades (Documento III/1639/84). Vid. EMBID IRUJO, J., "El régimen jurídico de los grupos de sociedades en la CEE", AAVV., Dir. MUÑOZ MACHADO, A, *Tratado de Derecho Comunitario*, Tomo II, Madrid, 1986, págs. 82-87; HOPT, K.J., "Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht – Status quo, Probleme, Perspektiven-", *ZGR*, 1992, págs. 265-295.

<sup>275</sup> Vid. Informe de la Comisión jurídica y de Derechos de los ciudadanos del Parlamento Europeo, de 24.02.1989, (PE 127.370/def. or.de. Document A2-405/88), sobre el Memorandum de la Comisión "Mercado interior y Cooperación industrial- Estatuto de la Sociedad Europea- Libro Blanco sobre el mercado interior, punto 137", presentado por Sr. Rothley, destaca "no solo la importancia y la ocasión para concretar la dimensión social del mercado interior en el proyecto de Reglamento sobre la SE, sino además lo acertado de las remisiones a los derechos societarios nacionales en aquellos aspectos armonizados suficientemente". págs. 5, 6 y 9); Dictamen del Comité Económico y Social sobre el "Memorandum de la Comisión Mercado interior y cooperación industrial- Estatuto de la Sociedad Europea- Libro Blanco sobre el mercado interior, punto 137", COM (88) 320 final, de 24.11.1988. CES 1233788 SAR/ab, apoya la voluntad de la Comisión de dotar al Estatuto de la SE de la flexibilidad necesaria para incrementar la aceptación política del mismo, pero advierte del peligro de un alejamiento del principio de la uniformidad, que se traduciría en "una indeseable coexistencia de diferentes normativas nacionales y formas de organización no comparables", pág. 9.

<sup>276</sup> COM (88) 320 final. DOCE C 23, de 30.01.1988, disponible en RDBB, núm. 31, 1988, pág. 651. Memorandum que recoge las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 29 y 30 de junio de 1987.

instrumento facultativo de cooperación empresarial, de carácter transnacional y fiscalmente atractivo, con mecanismos de participación de trabajadores sintetizadoras de las tradiciones jurídicas de los Estados miembros que contribuye al avance social<sup>277</sup>.

### **B. Tercera Propuesta de Reglamento SE de 1989.**

La Tercera PRESE-89 fruto de la nueva política legislativa comunitaria provoca importantes cambios en el régimen jurídico de la SE. La estrategia simplificadora del entorno empresarial a la que se añade el principio de igualdad o no discriminación entre sociedades nacionales y SE, flexibilizan la concepción jurídica de la SE abandonando el principio de uniformidad<sup>278</sup> en sus aspectos formales y materiales.

*a) Aspectos formales de la nueva estrategia legislativa: desdoblamiento de la fundamentación jurídica.*

Desde un punto de vista formal, la propuesta de 1989 supone el desdoblamiento de la hasta entonces reglamentación unitaria de la SE, dividida ahora en una propuesta de Reglamento sobre el Estatuto de la SE y una propuesta de Directiva que completa al Estatuto en lo concerniente a la participación de los trabajadores<sup>279</sup>, aplicables conjuntamente como un todo indisoluble. El tránsito de Reglamento a Directiva operado sobre la materia de participación de los

---

<sup>277</sup> Vid. Conclusiones Memorandum COM (88) 320 final, pág. 22.

<sup>278</sup> EL Comité Económico y Social advierte que “la creación de una sociedad de Derecho europeo sólo tendrá un sentido si las condiciones jurídicas por las que se rige la Sociedad Europea son en la medida de lo posible iguales en todas partes, independientemente de la localización de su domicilio social. El Comité no ignora las dificultades con las que se enfrenta la consecución de este objetivo ideal. ... Por consiguiente, el Comité comprende la sugerencia efectuada por la Comisión de excluir por el momento del Estatuto determinadas áreas jurídicas y reglamentar otras de manera no uniforme en el Estatuto de la Sociedad Europea. Con ello se simplificará considerablemente la labor legislativa. Sin embargo, tan pronto como lo permita la evolución política y social de los Estados miembros, habrá que tomar en consideración el principio de uniformidad”. Vid. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Memorandum de la Comisión “Mercado Interior y cooperación industrial- Estatuto de la Sociedad Europea”, Bruselas 24 de noviembre de 1988, COM (88)320 final, pág. 5

<sup>279</sup> COM (89) 268 final, SYN 218 y SYN 219, Bruselas, 25.08.1989 (DOCE C 263, 16.10.1989).

trabajadores no es en absoluto baladí<sup>280</sup>, pues implica un cambio fundamental de legitimación formal en el Tratado con consecuencias tanto en los requisitos y procedimientos de aprobación y aplicación como en los efectos vinculados a tal estrategia. La cuestión de la participación de los trabajadores deja de ser comunitaria y pasa a ser materia nacional armonizada. Se renuncia así a la uniformidad derivada del Reglamento comunitario en beneficio de la flexibilidad y diversidad conectada a la Directiva.

La dualidad Directiva- Reglamento fue criticada en los años 90 por las disfuncionalidades que podría producir en la efectiva implantación de la SE (retardo crónico con el que algunos Estados Miembros procedían a la transposición de las Directivas), y por su falta de coherencia, pues no se trata tan solo de armonizar disposiciones y sistemas de Derecho nacional sino de la creación de un régimen jurídico específico para una nueva forma societaria de carácter comunitario que no puede ser legislada por los Estados miembros<sup>281</sup>.

El desdoblamiento formal se traduce en un cambio de fundamentación jurídica del Estatuto de la SE. La propuesta de 1975 se proyecta sobre un Reglamento del Consejo *ex* artículo 235 TCEE<sup>282</sup>, mientras que el PRESE-89 recurre al Art.95 TCE<sup>283</sup> (antiguo art. 100.A TCEE introducido por el AUE). Este cambio favorece la eficacia del Reglamento adoptado por el procedimiento de codecisión

---

<sup>280</sup> Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La Sociedad Anónima...", ob. cit., pág. 4332;

<sup>281</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., "El compromiso de Niza...", ob.cit., pág. 146; ESTEBAN VELASCO, G., "La participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de ...", ob. cit,pág.1695; ESTEBAN VELASCO, G., "Sociedad Anónima Europea: la regulación ...", ob. cit., 1990, págs. 898-900; VELASCO SAN PEDRO, L., "Características generales ...", ob. cit, pág. 61.

<sup>282</sup> Art. 308 TCE (Art. 352 TFUE)

<sup>283</sup> Art. 95 TCE (Art. 114 TFUE): "1. No obstante lo dispuesto en el artículo 94 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el art. 14. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el art. 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tenga por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior. 2. El apartado 1 no sea aplicará a a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena. ...". Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., "La Sociedad Anónima ...", ob. Cit., págs. 4292-4293.



del Art. 251 TCE<sup>284</sup> (antiguo art. 100 B) TCEE) basado en la mayoría cualificada del Consejo frente a la unanimidad exigida por el Art. 235 TCEE. Las limitaciones materiales relativas a los derechos e intereses de los trabajadores impuesta por el apartado segundo del Art. 95 TCE justifican el recurso técnico de la Directiva comunitaria ex Art. 44.2 g) TCE<sup>285</sup> para la regulación de la participación de los trabajadores. La inescindibilidad de ambos documentos, PRESE y PDITSE, la avalan los mandatos del Art. 1 y 2 PDITSE y Art. 136 PRESE, de forma que no pueda constituirse ninguna SE en un Estado miembro que no hubiera incorporado a su Ordenamiento Jurídico las disposiciones de la Directiva propuesta.

El contenido del PRESE-89 se reduce a 137 artículos como consecuencia del desdoblamiento material de su régimen jurídico y por la exclusión del texto de los temas controvertidos de propuestas anteriores, como la regulación sobre los grupos de sociedades y de las materias objeto de regulación por otros ámbitos del Ordenamiento tales como Derecho fiscal, laboral y de la competencia, además de la utilización de la técnica del reenvío a las legislaciones nacionales en aquellas cuestiones objeto de armonización por las Directivas societarias.

*b) Sistema de fuentes: una sociedad de “tipo europeo”.*

El nuevo sistema de fuentes del Art. 7 PRESE -89 se aleja de las previsiones uniformadoras y unitarias de propuestas anteriores<sup>286</sup>. La pretendida

---

<sup>284</sup> Art. 251 TCE (Art. 294 TFUE). Procedimiento de codecisión entre el Consejo y el Parlamento Europeo a propuesta de la Comisión. El precepto introduce una nueva instancia (Comité de Conciliación) con el fin de acercar posiciones entre el Consejo y el Parlamento en los casos en los que las enmiendas aprobadas por éste no sean incorporadas a la posición común del Consejo

<sup>285</sup> Art. 44.2 g TCE (antiguo Art. 54 TCEE y Art. 61 TFUE).

<sup>286</sup> El sistema de fuentes del PRESE-75, Art. 7 señalaba: “1. Salvo disposición en contrario, las materias regidas por el presente Estatuto, incluso aquellas cuestiones que no regule expresamente, estarán sustraídas a la aplicación de los Derechos de los Estados miembros. Cuando alguna cuestión no esté expresamente regulada deberá ser resuelta: a) según los principios generales en que se inspira este Estatuto; b) Si estos principios generales no permitieran resolver la cuestión, según las reglas o principios comunes de los Derechos de los Estados miembros. Para la aplicación del presente reglamento, formarán parte de él las reglas o principios generales de los Estados miembros mencionados en el apartado b) anterior. 2. Las materias que no estén reguladas por el presente Estatuto se someterán al Derecho nacional aplicable al caso”.

independencia de los Derechos nacionales, que podría hacer atractiva la SE, se desvirtúa merced al complejo sistema de fuentes y continuas remisiones que a lo largo del articulado se hace al Derecho del Estado de la sede social de la SE, convirtiendo a la SE en una “*suerte de híbrido*”<sup>287</sup> fruto del cruce entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales. El híbrido comunitario responde a la nueva concepción de la SE como tipo societario sometido al Derecho comunitario pero integrado en el Derecho nacional donde se encuentre el domicilio social.

Las remisiones expresas al Derecho nacional de la sede social de la SE contenidas en las disposiciones del PRESE-89 son las relativas a: las formalidades del acto de constitución y Estatutos sociales (Art. 13); la fecha de adquisición de la personalidad jurídica (Art. 16); régimen de emisión de acciones (Art. 54); o la protección de accionistas minoritarios y terceros en supuestos de SE integrante de un grupo de sociedades<sup>288</sup> (Art. 114) y el régimen fiscal de la SE<sup>289</sup> (Art. 133), entre otros.

---

<sup>287</sup> Vid. SYNDET, H., « Enfin la société ... », ob.cit. págs.255- 258. La técnica de remisión a la legislación nacional de la sede social de la SE se relaciona con el criterio de vinculación del Art. 5 PRESE, que fija la sede social como la designada por los Estatutos sociales dentro de la Comunidad en el lugar de la administración central de la SE. La “teoría de la sede real” determina la *lex societatis* de la SE. Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza...”, ob. cit. pág. 147; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la SE en el marco del Derecho comunitario se sociedades...”, ob. Cit., págs. 34 a 41; VELASCO SAN PEDRO, L., “Características generales ...”, ob.cit., págs.75-76; ANSÓN PEIRONCELY,R./GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., “La Sociedad Anónima Europea...”, ob. cit., pág. 29.

<sup>288</sup> La Comisión abandona la idea de utilizar la SE como instrumento de unificación del Derecho de grupos de sociedades para evitar las críticas de proyectos anteriores, en los que imponía el modelo contractual alemán, y por la ausencia de consenso en las propuestas de Novena Directiva. Vid. EMBID IRUJO, J.M., “Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (séptima y novena directivas) Capítulo XXXII”, AAVV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Vol. III*, Madrid, Civitas, 1986, págs. 73-110.

<sup>289</sup> El PRESE-89 solo regula la compensación de pérdidas entre los establecimientos permanentes de la SE, mientras que el Art. 133 remite directamente al Derecho fiscal del Estado miembro donde la SE tenga establecido su domicilio social, evitando así posibles discriminaciones respecto de las sociedades nacionales. Vid. KNOBBE-KEUK, B., “Die steuerliche Behandlung der Europäischen Aktiengesellschaft”, *AG*, núm. 10, 1990, pág. 435-441; ANSÓN PEIRONCELY, R./GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob.cit., pág. 289.

Respecto del sistema de fuentes, todas las cuestiones no reguladas expresamente por PRESE-89 se regirán, en primer lugar, por los principios generales del propio Estatuto, cuando la cuestión no pueda ser resuelta, se acudirá a la Ley aplicable a la SA del Estado miembro de la sede social de la SE. En la práctica, este reenvío a la legislación nacional opera con carácter general en aquellas materias societarias armonizadas o en curso de armonización y respecto las materias no societarias excluidas expresamente del régimen de la SE, como cuestiones de Derecho laboral, competencia o fiscal. La SE, según los propios términos del PRESE, es una sociedad equiparable al resto de SA, sujeta al Derecho nacional del Estado en el que tenga su domicilio social y sin más privilegios que los derivados del carácter comunitario de su estructura. La SE se equipara a las sociedades nacionales en derechos y obligaciones de acceso a las actividades y fuentes de financiación y crédito (emisión de títulos, cotización en bolsas de valores, etc)<sup>290</sup>.

Cualquier remisión explícita o implícita del PRESE a las legislaciones nacionales contribuyen a una formulación compleja en el sistema de fuentes de la SE y a la desnaturalización del régimen jurídico unitario, uniforme y desvinculado de las legislaciones nacionales inicialmente perseguido por la Comisión en la configuración de la "Societas Europae".

Las consecuencias derivadas de esta opción de política legislativa comunitaria del año 89, se traducen en una nueva concepción jurídica de la SE como una "sociedad de tipo europeo"<sup>291</sup> frente a la "sociedad de Derecho europeo" de las propuestas iniciales. Esta nueva SE de tipo europeo se integraría en el catálogo de los tipos societarios de Derecho interno, de tal suerte que, el común denominador normativo comunitario queda muy reducido (limitado estrictamente a la regulación contenida en el Reglamento), a la vez que las remisiones a las legislaciones nacionales hacen prever diversos estatutos jurídicos para las Sociedades Europeas que en parte son nacionales, con consecuencias no

---

<sup>290</sup> Vid. LESGUILLONS, H., "La Société Européenne », AAVV., *Verso un Diritto Europeo delle Società*, Instituto Internazionali per la promozione delle cultura arbitrali, ISDACI, 1991, págs. 153 -155.

<sup>291</sup> Vid. GAVALDA, C., "La Sociedad Anónima Europea según el Proyecto de Reglamento de 25 de agosto de 1989", *Derecho de los Negocios*, núm.7, pág.12.

deseables desde el punto de vista práctico al poder provocar la huida hacia el Derecho nacional más favorable para la SE<sup>292</sup> (efecto “*delaware*”).

*c) Aspectos materiales de la nueva estrategia: flexibilización de las modalidades de constitución.*

El PRESE-89 amplía el abanico de modalidades de constitución tradicionales (fusión, holding y filial común) e incorpora la transformación en SE de una sociedad de responsabilidad limitada formada anteriormente conforme al Derecho de un Estado miembro. La constitución mediante fusión o holding sigue reservada a la SA, flexibilizándose en la constitución de SE filial común de la que participan todo tipo de sociedades o personas jurídica con ánimo de lucro (concepto comunitario de sociedad). Se mantiene la “*dimensión o vocación europea*” de la SE en los mismos términos, limitando el acceso a las sociedades de terceros países que no hayan sido constituidas de conformidad con el Ordenamiento de un Estado miembro y tenga su sede social y centro de efectiva administración en el interior de la Comunidad. No obstante estas previsiones, nada impide a los grupos empresariales con centros de decisión fuera de la Comunidad utilizar las filiales locales para acceder a la constitución de una SE<sup>293</sup>.

El capital mínimo exigido en el PRESE -89 se unifica y reduce a 100.000 Ecus<sup>294</sup> sin distinción de la modalidad de acceso, además se exige la elaboración de un proyecto de constitución acompañado de informe de expertos independientes, sometidos a posterior aprobación por la Junta General de accionistas.

---

<sup>292</sup> Prácticamente toda la doctrina europea coincide en el análisis de las consecuencias derivadas de este cambio de política legislativa de la Comisión que iniciado en el PRESE-89 se conserva en la versión definitivamente aprobada en 2001. Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “La Sociedad Anónima Europea: la regulación ...”, ob. cit, 1990, pág.901; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La Sociedad Anónima ...”, ob. cit., págs. 4299 -4303; RASNER, H., “Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) ist si wünschenswert?”, ZGR, núm. 3/1992, pág. 318.

<sup>293</sup> Vid. SYNVEIT, H., « Enfin la société... ? », ob. cit., pág. 260.

<sup>294</sup> La reducción del capital social mínimo a 100.000 Ecus respecto del capital (250.000 Ecus) previsto en los proyectos anteriores y la accesibilidad de la SRL a la SE mediante la modalidad de transformación flexibilizan el tipo y permiten la cooperación transfronteriza a las PYMEs atendiendo así las sugerencias del Comité Económico y social. Vid. GARCÍA RIESTRA, M., « La Sociedad Anónima .... », ob. cit., pág. 10 ; ESTEBAN VELASCO, G., «El compromiso de Niza.... », ob. cit., pág. 145.

*d) Flexibilización de la estructura de administración social: sistema dualista o monista.*

El sistema de administración diseñado por el PRESE-89 abandona la estrategia de proyectos anteriores, y sigue el modelo opcional diseñado en las propuestas modificadas de Quinta Directiva de Sociedades.<sup>295</sup>

La flexibilización de la estructura orgánica del PRESE-89 permite a las sociedades fundadoras la elección del sistema de administración social de la SE entre los modelos alternativos propuestos (Art. 61): sistema monista (Junta General de Accionistas y Consejo de Administración) o dualista (Junta General de Accionistas, Consejo de Gestión y Consejo de Vigilancia). El PRESE-89 no vincula la elección del modelo de administración a la tradición jurídica de la legislación nacional del domicilio social de la SE, ni los Estados miembros pueden influir en ella como ocurre en el sistema de participación de trabajadores, por el contrario, es una cuestión estrictamente societaria regulada por los Estatutos sociales de la SE conforme a las disposiciones del PRESE-89.

---

<sup>295</sup> Vid. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., "Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho Comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las Propuestas de Estatuto de Sociedad Anónima Europea y de Quinta Directiva)", *RGD*, núm. 577-578, año 1992, pág.1019; ESTEBAN VELASCO, G., "La Sociedad Anónima Europea: la regulación de la participación ...", *ob. cit.*, 1990, pág. 900; ESTEBAN VELASCO, G., "Nuevas propuestas de modificación ...", *ob. cit.*, 1991, págs. 1161 y ss. La Propuesta inicial de Quinta Directiva de Sociedades de la Comisión de 9 de octubre de 1972 (DOCE C-131, 13.12.1972) sigue el modelo alemán de estructura orgánica de administración dual de las sociedades de capital (dirección y consejo de vigilancia) con participación de los trabajadores en el consejo de vigilancia en la proporción de un tercio del mismo (Art. 2 Propuesta de Quinta Directiva). Sucesivas modificaciones, Primera de 19 de agosto de 1983 (DOCE C-240, 12.09.1983), Segunda Propuesta modificada de 20 de diciembre de 1990 (DOCE C-7, 11.01.1991) y Tercera Propuesta Modificada de 20 de noviembre de 1991 (DOCE C-321, 12.12.1991) evitan las reticencias de Estados miembros como Reino Unido e Italia, flexibilizando el sistema de administración social y participación de trabajadores: los Estados miembros encargados de elegir entre el sistema monista o dual de administración y entre tres mecanismos de participación de trabajadores propuestos. La armonización no consiste en imponer un sistema organizativo de participación laboral en la gestión, sino en adaptar la tradición jurídica y sindical de cada Estado miembro a las exigencias de la Directiva.

El sistema dualista se organiza sobre una administración estructurada en dos órganos: el órgano de dirección y el órgano de vigilancia (vigente en el Derecho alemán, holandés, danés o francés con particularidades). Las funciones de dirección, gestión y representación social corresponden al órgano de dirección, bajo supervisión del órgano de vigilancia (Art. 62.1 PRESE-89). El órgano de dirección está facultado para el nombramiento de uno o más apoderados, cuyo poder de representación puede ser revocado libremente (Art. 71.2). El número de miembros del órgano de dirección se fija en los estatutos sociales, correspondiendo su designación y revocación al Consejo de vigilancia, encargado además de establecer el reglamento de régimen interior del órgano de dirección después de ser oído éste (Art. 62.5). Los cargos de miembro del órgano de dirección y vigilancia son incompatibles. El órgano de vigilancia no puede intervenir en la gestión de la sociedad ni representarla, excepto frente al órgano de dirección (Art. 63), y su función específica es controlar la gestión realizada por la dirección mediante los informes trimestrales del órgano de dirección sobre la marcha de los asuntos sociales, previsiones de evolución empresarial y en cualquier momento y sin demora, de los asuntos que pudieran repercutir notoriamente en la marcha de la sociedad (Art. 64.1 y 2). El órgano de vigilancia está facultado para recabar los informes e información que el cumplimiento de sus funciones exija (Art. 64.5) y realizar las comprobaciones necesarias confiando esta tarea a uno o varios de sus miembros, o a expertos independientes (Art. 64.4). Los miembros del órgano de vigilancia son elegidos por la Junta General de accionistas, por mayoría absoluta de los votos correspondientes al capital suscrito presente o representado, sin que los estatutos puedan ampliar dicha mayoría, pero sí establecer modalidades que consientan la representación proporcional de la minoría (Arts. 63.2, 64.6 y 69.4). La revocación de los miembros del órgano de vigilancia corresponde a quienes los nombraron o por decisión judicial a instancia de la junta general de accionistas, representantes de los trabajadores, órgano de vigilancia o de uno o varios accionistas que posean el 10 por ciento del capital social (Art. 75).

El sistema monista del PRESE-89 parte del “órgano de administración” como único encargado de la gestión, administración y representación societaria (Art. 66), con la particularidad de un desdoblamiento interno de carácter funcional y obligatorio. El órgano de administración distingue entre miembros

directivos con facultades de gestión delegadas (dirección) y no directivos (el órgano de administración en pleno<sup>296</sup>). La Junta general de accionistas nombra a los miembros del órgano de administración por el sistema de mayorías establecido en la designación de los miembros del órgano de vigilancia del sistema dual.

*e) Participación de los trabajadores en la SE: la propuesta de Directiva.*

La Propuesta de Directiva de 1989<sup>297</sup> que completa el Estatuto de la Sociedad Europea en lo relativo a la posición de los trabajadores flexibiliza el sistema de cogestión impuesto en proyectos anteriores buscando la viabilidad política de la nueva propuesta. Contiene tres sistemas diferentes de participación de trabajadores inspirados en los modelos nacionales de los Estados miembros, tales como:

a) Representación de trabajadores en el órgano de vigilancia u órgano de administración. Sistema de cogestión o *“Mitbestimmung”* vigente en Alemania, Holanda y Luxemburgo (Art. 4 PDITSE-89).

b) Órgano específico de representación de trabajadores de la SE, semejante al Comité de Empresa<sup>298</sup>. Es un órgano de representación de carácter

---

<sup>296</sup> Vid. RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *“Administración social y participación laboral....”*, ob. cit., pág.10202, quien entiende que a pesar de este desdoblamiento *“el órgano de administración sigue siendo, de cara al exterior e internamente también, orgánica y formalmente único, puesto que no se distinguen los miembros directivos y no directivos por su origen,..., la atribución de esa condición no se establece desde la norma jurídica, sino que dependen de la organización interna que se dé al propio órgano y se actúa por el mecanismo de la delegación de facultades a favor de ciertos miembros, delegación con ciertos límites y siempre revocable (...). No se trata pues de un sistema dualista encubierto (como, a nuestro juicio, se contiene en la Propuesta referida de Quinta Directiva) sino de un simple desdoblamiento funcional puramente interno que responde a la realidad de la práctica totalidad de los Ordenamientos nacionales que siguen una estructura orgánica-administrativa monista para las sociedades de capitales por acciones”*.

<sup>297</sup> COM (89) 268 final –SYN 219. Vid. VALDÉS DAL RÉ, F., *“La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”*, AAVV., Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea....*, ob.cit., págs. 1075 – 1086.

<sup>298</sup> Vid. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *“Administración social y participación ...”*, ob.cit., pág.10206., entiende que se trata *“de un órgano específico de*

social previsto estatutariamente que no tiene poder de decisión, pero sí derecho de información sobre asuntos que afecten a la marcha de la empresa y la posibilidad de solicitar informes sobre determinados aspectos de la gestión social. Su consulta es obligatoria en la adopción de acuerdos que versen sobre materias reguladas en el Art. 72 PRESE, como la modificación de los estatutos sociales. Modalidad de participación de trabajadores inspirada en los sistemas francés y belga. (Art.5 PDITSE).

c) Modelos establecidos por vía convencional (Art. 6 PDITSE) o acuerdos entre los dirigentes de las sociedades fundadoras y trabajadores o sus representantes en las sociedades, según el sistema vigente en el Reino Unido, Irlanda e Italia. En caso de ausencia de acuerdo, se preve un modelo “standard” conforme a las prácticas nacionales más avanzadas.

Estos modelos se ofrecen en “libre opción”<sup>299</sup>, de manera que al menos uno de ellos ha de ser adoptado para la SE mediante Convenio celebrado al efecto entre los órganos de dirección o administración de las sociedades fundadoras y los representantes de los trabajadores de esas sociedades establecidos por la legislación o las prácticas de cada Estado miembro, (en defecto de convenio, la decisión corresponde al órgano de dirección), sin dicho Convenio no puede constituirse la SE (Art. 3.1 y 2 PDITSE). Cada Estado miembro, siguiendo las directrices de la Directiva, puede desarrollar y fijar modalidades de aplicación de estos sistemas participativos, incluso puede imponer uno sólo de los tres mecanismos participativos (Art. 3.5 PDITSE<sup>300</sup>), en todo caso, una vez elegido un modelo, puede cambiarse a otro mediante nuevo Convenio concluido entre la

---

*representación laboral intraempresarial y extrasocietario, del tipo de los consejos de establecimiento, consejos de empresa, comités de empresa, delegados de personal, etc...”,.*

<sup>299</sup> Vid. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., “Administración social y participación laboral.....”, ob. cit., pág.10205.

<sup>300</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “Sociedad Anónima Europea: participación....”, ob.cit., pág. 905. Advierte que, la elección del sistema de participación de trabajadores en la SE queda en última instancia, en manos de los Estados miembros mientras que, la elección de la estructura de administración corresponde a las sociedades fundadoras, sin limitaciones por parte de los Estados Miembros (Art.61PRESE). Esta flexibilidad introduce mayor diversidad de supuestos en la práctica y, dada la regulación fragmentaria del PRESE, puede originar problemas de régimen cuando la SE elija una estructura de administración que no esté previsto en el ordenamiento interno para las Sociedades Anónimas.



dirección de la SE y los representantes de los trabajadores que deberá ser aprobado por la Junta General de la SE (Art.3.3 PDITSE).

### **C. Cuarta Propuesta de Reglamento de SE de 1991.**

Los Dictámenes del Parlamento Europeo<sup>301</sup> y Comité Económico y Social<sup>302</sup> sobre PRESE-89, reflejo de posturas legislativas nacionalistas, se centran en los ya tradicionales puntos de conflicto sobre participación de trabajadores en las estructuras societarias, la estructura de los órganos societarios de gobierno y la accesibilidad del nuevo tipo societario a las PYMEs. La Comisión presentó de la mano de Martin Bangeman, la Cuarta Propuesta modificada de Reglamento de Estatuto de la SE<sup>303</sup> y Directiva complementaria sobre implicación de los trabajadores<sup>304</sup> de 1991, en la que se tuvieron muy presentes las enmiendas y propuestas de los referidos dictámenes.

Las enmiendas más significativas incorporadas en el PRESE-91 versan sobre: reconocimiento a las Sociedades Anónimas nacionales de transformarse en SE si posee una filial en otro Estado miembro; ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento; adquisición de la personalidad jurídica de la SE mediante inscripción en el Registro correspondiente; efectos de la fusión y constitución de SE una vez inscrita; régimen detallado de la modalidad de constitución de SE-holding, no como mera especialidad del supuesto de fusión; adaptación del régimen jurídico de aumento y reducción de capital social a la Segunda Directiva 77/91/CEE; especificación de las atribuciones del Consejo de Supervisión y Gestión; clarificación de supuestos de liquidación de SE; acceso de

---

<sup>301</sup> Vid. Dictamen en Primera Lectura del Parlamento Europeo: DO C 48, 25.02.1991, págs. 54-99. Diputados ponentes: Christine Margaret Oddy y Willy Rothley.

<sup>302</sup> Vid. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Europea» (doc. COM (89) 268 final –SYN 218) y sobre la “Propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores” (doc. COM (89) 268 final- SYN 219), Bruselas, 28 de marzo de 1990. CES 370/90- SYN 218/SYN 219. DO C 124, 21.05.1990.

<sup>303</sup> Reglamento COM (91) 174-2 final, SYN 218, de 22 de mayo de 1991, DOCE C 176, 8.07.1991.

<sup>304</sup> Directiva COM (91) 174 final, SYN 219, de 6 de mayo de 1991, DOCE C 138, 29.05.1991.

la SE a las mismas fuentes de financiación que las Sociedades Anónimas nacionales; remisión a las legislaciones nacionales de los Estados miembros en los que la SE tenga establecido su domicilio social en materia de liquidación, insolvencia y situaciones concursales y la necesidad de elección de un modelo de participación de los trabajadores entre los tres propuestos en la Directiva como condición *sine qua non* para la inscripción de la SE.<sup>305</sup>

A pesar de las novedades incorporadas<sup>306</sup> por el PRESE -91 y PDITSE-91, la Comisión no alcanza el objetivo de “*la aplicación efectiva del Estatuto de la SE a partir del 1 de enero de 1992*”, y vuelve a ser rechazada en el Consejo por las posiciones petrificadas de Alemania que no admitía ningún sistema alternativo al de cogestión frente a los Estados sin tradición de participación como el Reino Unido, que sólo admitía como plausibles los sistemas centrados en los derechos de los trabajadores de información y consulta.

La doctrina<sup>307</sup> clasifica las cuestiones que paralizan el Estatuto de la SE durante la década de los noventa en diferentes planos: *plano constitucional* relativo al problema de la fundamentación jurídica; el *plano laboral* con la problemática del sistema de implicación de los trabajadores; y el *plano societario* relacionado con la opción por la sede real o estatutaria, el nivel de garantías para los socios o terceros

---

<sup>305</sup> Vid. GARCÍA RIESTRA, M., “La Sociedad Anónima ...”, ob. cit., pág. 12; ANSÓN PEIRONCELY, R./GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La sociedad anónima...*, ob. cit., pág.31.

<sup>306</sup> Novedades a las que habría que añadir los logros alcanzados en materia fiscal con la aprobación de las Directiva 90/434/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO L 225 de 20.8.1990) y la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes (DO L 225 de 20.8.1990.), además de eliminar la regulación sobre grupos de sociedades del proyecto de Estatuto de la SE. En este sentido, y como destaca FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea en el marco del Derecho Comunitario de sociedades...”, ob. cit., pág. 23, “*Examinados desde la actual perspectiva histórica, no parece necesario insistir en la importancia que los Proyectos de 1989 y 1991 tuvieron en plano técnico – depuración de la disciplina y mejora de la técnica en la soluciones propuestas- y su decisiva contribución al proceso de modernización de la SE- con un tratamiento diferenciado y separado atribuido al régimen de participación de los trabajadores.*”

<sup>307</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza...”, ob. cit., págs. 141-146; ANSÓN PEIRONCELY, R./GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob.cit., pág. 32.

en los casos de traslado de sede social y la posibilidad de acceso de las sociedades anónimas nacionales al Estatuto de la SE por transformación. El estancamiento del proceso legislativo se desbloquea a instancias de la Comisión en 1995 que inicia una nueva ronda de consultas y crea un grupo de trabajo *ad hoc* sobre participación de los trabajadores en la SE desde una perspectiva social<sup>308</sup>, además se publica en junio de 1995 el *Informe del grupo de trabajo sobre Competitividad (Informe Ciampi<sup>309</sup>)* y el documento de la Comisión de 27 de octubre 1999<sup>310</sup> donde consta la propuesta de nuevo cambio de base legislativa y fundamentación del

---

<sup>308</sup> Vid. Comunicación de la Comisión en materia de información y consulta de 1995 (COM (95), 547 final, 14 de noviembre de 1995). Esta Comunicación reconoce la complejidad del tema y propone soluciones para salir de la situación de bloqueo trabajando en líneas complementarias: a) un instrumento comunitario relativo a la información y consulta de las empresas de ámbito nacional y b) una actuación expresa e inmediata sobre las propuestas de instrumentos societarios comunitarios, como la SE, a los que sería extensible la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo de reciente aprobación. La Directiva 94/45/CEE sobre Comité de Empresa Europeo (DOCE L, núm. 254, de 30 de agosto de 1994), supone el punto de inflexión y la materialización de las tendencias comunitarias en materia de Política Social Comunitaria presididas por el principio del “diálogo social” y dimensión social del mercado interior. La Carta Social de 9 de diciembre de 1989, ya dedicaba un capítulo a “información, consulta y participación” de los trabajadores y se acompañaba de un programa de acción, en el que estaba expresamente previsto la aprobación de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo. En la misma línea cabe mencionar los anexos al Tratado de Maastricht de 1992 con “el Protocolo sobre Política Social” y Libro Blanco de la Comisión sobre “La Política Social europea” de 1994 (COM (94) 333, de 27 de julio de 1994). En todos ellos queda patente la nueva línea de actuación de la Comunidad en el diálogo social que apoyará a las políticas nacionales de los Estados miembros en materia sobre información y consulta de los trabajadores, a partir de Directivas comunitarias (adoptadas por mayoría cualificada) y todas aquellas acciones en materia de “representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios – entre las que se incluye la cogestión-” se adoptarán por unanimidad a nivel comunitario. Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “Participación de los trabajadores en la sociedad europea...”, ob. cit., pág.1689.

<sup>309</sup> El informe del *Grupo Ciampi* revela a la SE como el instrumento idóneo para que las empresas (incluidas las PYMES) desarrollen su labor en el conjunto de la Unión, mejoren sus economías de escala, aumenten la flexibilidad y rapidez en los procesos de decisión sin recurrir a una costosa y compleja red de filiales sometidas a los ordenamientos de diversos Estados miembros. Vid. GARCÍA RIESTRA, M., “La Sociedad Anónima ...”, ob. cit. pág. 13.

<sup>310</sup> Vid. SEC /199/581/final y “Background note” de 27 de Octubre de 1999. [www://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier)

PRESE y PDITSE como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1997.

#### **D. El informe del Grupo Davignon sobre la implicación de los trabajadores en la SE.**

La cuestión de la implicación o participación de los trabajadores en la SE como principal “*caballo de batalla*”<sup>311</sup> en el arduo proceso legislativo de la SE, será merecedora de un tratamiento diferenciado y especial por parte de las instituciones comunitarias. A este propósito, el antiguo Vicepresidente de la Comisión Etienne Davignon preside el grupo de trabajo constituido en el seno de la Comisión para debatir el asunto<sup>312</sup> de los trabajadores desde una perspectiva ya no societaria, sino desde una visión panorámica de los diferentes sistemas de participación de los trabajadores en los Ordenamientos nacionales. El informe final del Grupo de expertos se publica en mayo de 1997 y conocido como *Informe Davignon*<sup>313</sup>, fija las bases y principios informadores de la Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la SE.

Los trabajos parten de una realidad social europea caracterizada por la concurrencia de diferentes sistemas nacionales, unos basados en los modelos de representación laboral del derecho de información y consulta a los trabajadores (modelo británico, español o italiano); y otros, en los modelos de participación de los trabajadores en los órganos de decisión de las sociedades de los Estados

---

<sup>311</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R./GUTIERREZ DORRONSORO, C., *La sociedad anónima ....*, o.cit., pág. 34; CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, AAVV. Coord. ESTEBAN VELASCO, G. /FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima ....*, ob.cit., págs 906 y ss.

<sup>312</sup> El Grupo de Expertos sobre “Sistemas europeos de implicación de los trabajadores” integrado por funcionarios procedentes de las Direcciones generales de Mercado Interior y Empleo y Asuntos Sociales, representantes de organizaciones sindicales europeas – UNICE- y de la Universidad. (Ernst Breit; Evelyne Pichot; Silvana Scirra; Rolf Thüsing; Alain Viandier y como secretario del Grupo Fernando Vasquez funcionario de la DG V de la Comisión).

<sup>313</sup> Vid. Final Report of the Group of Experts of European Systems of Workers Involvement (with the regards to he European Company Statute and the other pending proporsal), Luxemburgo, 1997, disponible en:

[http://ec.europa.eu/employment\\_social/labour\\_law/docs/davignonreport\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/davignonreport_en.pdf).

miembros como el modelo alemán de cogestión en las grandes empresas<sup>314</sup>. Una de las primeras tareas acometidas por el grupo fue la definición terminológica de los términos utilizados a nivel comunitario que no siempre coinciden con los nacionales. Desde esta perspectiva, el *Informe Davignon*<sup>315</sup> define la “*implicación (Beteiligung-involvement) de los trabajadores*” como el conjunto de modalidades de intervención de los representantes de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones en el seno de la empresa con el fin de garantizar la expresión colectiva y la toma en consideración permanente de sus intereses en las decisiones relativas a la gestión y a la evolución económico-financiera de la empresa. Se trata de un término genérico que engloba a todas las categorías de participación y enfatiza el papel activo de los trabajadores en los asuntos de la empresa<sup>316</sup>. Se diferencia de otras categorías como el *derecho de información* o transmisión de información por el empresario, pues reconoce la posibilidad de examen crítico y hacer preguntas por parte de los representantes de los trabajadores como *derecho de consulta (Anhörung, Consultation)* o derecho reconocido a los representantes de los trabajadores de informar las propuestas de decisión de los empresarios y el *derecho de participación (Mitbestimmung in den Unternehmensorganen- Participation-)* en sentido estricto que reconoce la presencia de los trabajadores en los órganos de decisión o de vigilancia de las empresas.

Del conjunto de recomendaciones y análisis del Grupo Davignon relacionadas con la SE destacan las relativas a: a) establecimiento de una *solución negociada*, antes que una imposición legislativa, entre los gestores empresariales y trabajadores adaptada a la cultura y situaciones de cada Estado miembro y empresa como requisito previo a la constitución efectiva e inscripción de la SE; b)

---

<sup>314</sup> El Anexo III del Informe Davignon contiene cuadros resúmenes de las características esenciales de los diferentes sistemas vigentes en los 15 Estados miembros y en los países pertenecientes al Espacio Económico Europeo (Liechtenstein, Islandia, Noruega).

<sup>315</sup> Vid. Anexo II Informe Davignon: Definiciones.

<sup>316</sup> Cfr. Informe Davignon, en su apartado 19 se refiere a la necesidad de “*optimizar todos los recursos económicos y sociales en las economías nacionales*” en el marco de una economía globalizada, que obliga a una “*mano de obra (...), cualificada, móvil, comprometida y responsable, capaz de integrar las innovaciones técnicas y de asociarse a los objetivos de incremento de la productividad y de la calidad, no puede ser simple destinataria de las instrucciones empresariales. Por el contrario, exige una implicación estrecha y permanente en el proceso de toma de decisiones en los diferentes niveles empresariales*”.

las únicas formas de creación de SE posibles son las de fusión, holding y filial común, descartándose la transformación de una sociedad nacional ante el riesgo de suscitar la reducción o elusión de derechos de los trabajadores anteriores; c) la solución negociada permite establecer un sistema genuino y propio para la SE, con independencia del país donde ésta se domicilie y del número de trabajadores empleados; d) se debe evitar la duplicidad o superposición de instancias de representación de trabajadores en el plano nacional y en el plano SE con competencias similares; e) las filiales y establecimientos secundarios se someten al derecho de su localización; f) la negociación de carácter obligatorio tendrá una duración limitada y máxima de tres meses desde la aprobación de la creación de la SE por parte de la Junta general de accionistas, y en caso de falta de acuerdo, se aplicarán las reglas de referencia o normas de carácter subsidiario<sup>317</sup>. El *Informe* además, articula el principio de conservación de los derechos adquiridos o principio “antes –después”, que garantiza el mantenimiento de los derechos de representación y participación de los trabajadores adquiridos antes de la constitución de la SE, sin obligar a sus fundadores a establecer después de esa constitución sistemas de participación en la gestión más favorables para los trabajadores que aquellos anteriores, aunque sí a respetar éstos<sup>318</sup>. El principio antes – después actúa como límite a la autonomía negocial, de tal suerte que solamente entrarían en funcionamiento las disposiciones de referencia después del fracaso de la negociación.

---

<sup>317</sup> El modelo subsidiario recomendado incluye tanto la información y consulta de los trabajadores en el plano transnacional, como la participación de los trabajadores en los órganos societarios (Consejo de Administración o Consejo de Vigilancia) en un quinto de los puestos, y en todo caso, con un mínimo de dos miembros en posición de igualdad de derechos y deberes con los demás miembros. Será precisamente el contenido y ámbito de aplicación de estas normas de referencia, que pudieran conducir a “imponer” la modalidad de cogestión en empresas que antes no la conocían “contaminando” así la autonomía del proceso de negociación, las que se conviertan en el punto de desacuerdo entre los Estados miembros en esta fase del proceso legislativo. Vid. ESTEBAN VELASCO, G. “Participación de los trabajadores ...”, ob. cit., págs. 1691- 1692; GARCÍA RUESTRA, M., “La Sociedad Anónima Europea..”, ob.cit., pág. 14; CASAS BAHAMONDE, M.E., “La implicación de los trabajadores ...”, ob. cit., págs. 1023 y ss.

<sup>318</sup> Vid. CASAS BAHAMONDE, M.E., “La implicación.....”, ob.cit., pág. 999; ANSÓN PEIRONCELY, R./GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad anónima .....*, ob.cit., págs. 34 y 254-258.

### E. El cambio definitivo de fundamentación jurídica del Reglamento de la SE y de la Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la SE.

El complejo sistema competencial de una organización supranacional como la Unión Europea es resultado del tenso equilibrio entre los intereses nacionales y comunitarios voluntariamente aceptados por los Estados miembros que le atribuyen las competencias necesarias para alcanzar sus objetivos. El sistema competencial comunitario<sup>319</sup> regulado por los principios de: *atribución expresa* (Art. 5.1TCE<sup>320</sup>), *teoría de los poderes implícitos* (Art. 5.2 TCE<sup>321</sup>), *cláusula de imprevisión* del Art. 308 TCE (Arts. 352 y 353 TFUE)<sup>322</sup> y *principio de subsidiariedad y proporcionalidad* (Art. 5 TCE<sup>323</sup>), proporciona todo un catálogo de competencias vinculadas con a procedimientos decisorios diferentes y tipología de actos normativos posibles.

---

<sup>319</sup> Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Las competencias comunitarias", AAVV. Coord. LÓPEZ ESCUDERO, M./MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho comunitario ...*, ob.cit., págs. 11-18; ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, 4ª edición, Ariel, Barcelona, 1997, págs. 47-62

<sup>320</sup> Nuevo Art. 5 TUE (versión T.Lisboa). El principio de atribución expresa: la Unión Europea sólo actúa cuando se le ha atribuido facultad expresas para ello. La competencia estatal es el criterio general y la comunitaria la excepción.

<sup>321</sup> Teoría de los poderes implícitos o *implied powers*: las organizaciones internacionales gozan de competencias no expresamente atribuidas por el Tratado fundacional, pero indispensables y absolutamente necesarias para el eficaz ejercicio de sus funciones. Nuevo Art.5.2 del TUE (versión T.Lisboa). Cfr. STJCE de 23 de abril de 1986, Los verdes/Parlamento Europeo (294/83 Rec. p.1339); STJCE de 22 de mayo de 1990, Chernobyl (C-70/80 Rec. p. 2067).

<sup>322</sup> El TJCE ha expresado la finalidad de esta cláusula para "*suplir las inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten no obstante necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr alguno de los objetivos establecidos en el Tratado*". Dictamen de 28 de marzo de 1996.

<sup>323</sup> El principio de subsidiariedad introducido por el TUE y desarrollado por el Tratado de Ámsterdam, regulado en el Art. 5.3 TUE (versión T.Lisboa): "*En virtud del principio de subsidiariedad en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de*

La fundamentación jurídica de la *Societas europeae* ha experimentado, en su proceso legislativo de más de treinta años, tres cambios sustanciales desde el punto de vista formal que han obedecido tanto a intereses jurídicos como políticos de cada momento histórico. La elección de la base jurídica de un acto normativo comunitario en su ámbito competencial responde a un criterio funcional del fin pretendido con el mismo (uniformidad o armonización), sin obviar el hecho de que su productividad depende del procedimiento decisorio previsto en ella<sup>324</sup> tanto desde el punto de vista institucional como por las mayorías requeridas en la adopción del acuerdo.

Las propuestas de Estatuto de la SE de los años setenta (PRESE -70 y 75) se sustentan en el Art.235 TCEE como cláusula de habilitación general que permite a las instituciones comunitarias ejercer competencias no previstas de forma expresa en los Tratados y necesarias para la consecución del Mercado interior; la Tercera y Cuarta propuestas (PRESE-89 y 91) con el desdoblamiento material del régimen jurídico de la SE (Estatuto estrictamente societario por un lado, y de otro, aspectos sociales de la participación de trabajadores) se produce el paralelo desdoblamiento formal de la base jurídica de fundamentación previsto en el Art. 95 TCE para el Reglamento del Estatuto general de la SE y Art. 44. 2 g) TCE<sup>325</sup> para la Directiva sobre la participación de los trabajadores en la SE. Ambas fundamentaciones jurídicas eran las idóneas para Comisión, pues si bien se sumergían directamente en el *proceso de codecisión*<sup>326</sup> (Parlamento Europeo y Consejo) del Art. 251 TCE, la mayoría cualificada requerida permitía eludir la barrera, a veces insoslayable y no exenta de matices políticos, de la unanimidad exigida con la base jurídica anterior.

---

*subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo”.*

<sup>324</sup> Vid. Díez HOCHLEITNER, J./MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C., *Derecho de la Unión europea: textos y comentarios*, Madrid, 2001, muy acertadamente entienden que”.

<sup>325</sup> Vid. Background note de 27 de octubre de 1999, en el que el Parlamento Europeo confirma su votación de 24 de enero de 1991, sobre propuesta del Consejo de Estatuto de la SE y acepta en cambio de numeración de la base legal como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. (Artículo 95 y 44 TCE). <[http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_print.cfm](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_print.cfm). >16 mayo 2008.

<sup>326</sup> Vid. KLAUS – DIETER BORCHART, *El ABC del Derecho Comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2000, págs. 78 y ss.



El tercer y definitivo cambio de fundamentación jurídica de la SE se debe al acuerdo político del Consejo Ministros de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2000, que aprobó por unanimidad las directrices del compromiso político sobre la viabilidad del Estatuto y la Directiva de la SE. El acuerdo incluía la consulta al Parlamento europeo sobre las últimas modificaciones jurídicas/lingüísticas de los textos del PRESE y PDITSE y un nuevo cambio de la base legal. Esta última y definitiva modificación de base legal propuesta por el Consejo, conducía al abandono definitivo del anterior desdoblamiento de bases jurídicas – Arts. 95 y 44.2 g) TCE – basadas en la mayoría cualificada, para retornar a la base inicial y única del Art. 308 TCE, que será la finalmente adoptada, no sin algunas posiciones encontradas por parte del Parlamento Europeo<sup>327</sup>, tanto para el RESE como para la DITSE de 2001.

Desde el punto de vista funcional, la doctrina<sup>328</sup> justifica el fundamento unitario del Art. 308 TCE, porque ni en la parte societaria, ni en la laboral, la SE se mueve en el ámbito de la armonización sino en la elaboración de normas específicas para una nueva forma de empresa (SE) que no existe en las legislaciones nacionales y tampoco existen disposiciones específicas del Tratado CE que fundamente la intervención de las instituciones comunitarias, por lo que tanto el Reglamento como la Directiva deben fundarse en *la cláusula de imprevisión* del TCE<sup>329</sup>. La SE se erige como nueva fórmula empresarial dependiente de una

---

<sup>327</sup> Vid. El Dictamen del Parlamento Europeo de 4 septiembre de 2001, favorable al PRESE y PDITSE, pero con enmiendas a la base jurídica. Los acuerdos políticos alcanzados en el seno del Consejo en diciembre de 2000 implicaban el paso de un procedimiento de “codecisión” del Art. 95 TCE, a un procedimiento de “consulta” del Art. 308 TCE. Consultado el PE, pide el restablecimiento de la base jurídica de las propuestas de la Comisión, es decir, del Art. 95 TCE, y en consecuencia la vuelta al procedimiento de codecisión, reivindicando así su cuota de control en el proceso. (El PE llegó incluso a reservarse el derecho, una vez concluido el procedimiento, a instar el cambio de la base legal ante el Tribunal de Luxemburgo sobre la consideración de la ausencia de legitimidad democrática- cfr. Decisión del PE en la primera lectura de 26 de junio de 2001-).

<sup>328</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “Participación de los trabajadores ....”, ob.cit., pág. 1696.

<sup>329</sup> Vid. Cconsiderando núm. 28 y 29 de la Exposición de motivos del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (RESE); “(28) *El Tratado no prevé para la adopción del presente Reglamento más poderes que los del artículo 308. (29) Habida cuenta de que los objetivos de la acción contemplada no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros en la medida en que se trata de establecer la sociedad anónima europea de ámbito europeo, y, por*

iniciativa legislativa comunitaria en su fundación para superar el déficit de las legislaciones nacionales, sin perjuicio de permitir que el mínimo comunitario sea completado por la reglamentación de otras disposiciones de fuentes comunitarias o fuentes nacionales, y que por esta razón, puedan existir diferencias en el régimen de las SE domiciliadas en diferentes Estados miembros. En este sentido, el hecho de que en determinados aspectos deban dictarse normas nacionales para dar cumplimiento a las exigencias del RESE y DITSE y que, la actuación comunitaria esté presidida por el principio de subsidiariedad y proporcionalidad del Art. 5 TCE, nos sitúa en el plano de las *competencias compartidas o competencias no exclusivas*<sup>330</sup> entre la Unión Europea y los Estados miembros en la formulación de nuevos tipos societarios supranacionales, respetando en todo caso, la prioridad comunitaria para fijar el contenido del régimen jurídico aplicable, pues a ella corresponde la iniciativa.

---

*consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de conformidad con el principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad, tal y como se enuncia en el mismo artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos”.*

<sup>330</sup> Sobre sistema competencial comunitario y calificación doctrinal, Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Las competencias comunitarias”, AAVV. Coord. LÓPEZ ESCUDERO, M./ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho comunitario ...*, ob. cit., págs. 11-18; ISAAC, G., *Manual de Derecho comunitario general*, 4ª edición, Barcelona, Ariel, 1997, págs. 47-62.

---

**CAPITULO SEGUNDO.**

**IMPULSO FINAL Y PROMULGACIÓN DEL REGLAMENTO DE  
LA SOCIEDAD EUROPEA Y SU DIRECTIVA SOBRE IMPLICACIÓN  
DE LOS TRABAJADORES.**

I. PRESUPUESTOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y POLÍTICOS: EL COMPROMISO DE NIZA.

El debate ideológico y jurídico sostenido durante más de veinticinco años evidencian la transcendencia económica, social, política y jurídica de un tipo societario supranacional como la SE, ideado como fórmula de integración y reestructuración empresarial que pretende compatibilizar la independencia jurídica de las entidades agrupadas, con la personalidad jurídica diferente y autónoma de la entidad resultante de la agregación, sometidas a un pretendido régimen jurídico uniforme independiente de los Derechos nacionales.

A finales de los años noventa, siguen existiendo las mismas razones de fondo que justificaban en los años setenta un tipo societario supranacional que diera respuesta a *“la reorganización de las actividades empresariales a escala comunitaria”* y *“realización del mercado interior”*<sup>331</sup>, pero favorecidos por la realidad económico y social del momento caracterizada por: a) desarrollo de las libertades comunitarias en la consecución de mercado interior; b) la realidad de la unión monetaria, libre circulación de capitales y moneda única entre los países de la zona euro; c) profundización de procesos de internacionalización y concentración empresarial como consecuencia del aumento de la competencia en la búsqueda de

---

<sup>331</sup> Vid. Considerando 1 de la Exposición de motivos RESE. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., *“Procedimientos para constituir una SE”*, AAVV. Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea....*, ob. Cit., pág. 281; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., *“La sociedad europea: los caracteres, el significado y el acceso a este tipo comunitario”*, *Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna*, La Laguna, 1993, págs. 34 y ss.

capital; d) desfase entre la realidad económica y la jurídica de las sociedades de dimensión europea, sometidas a estructuras de decisión complejas, especialmente en materia fiscal<sup>332</sup>.

La expansión de los mercados nacionales sigue necesitando estructuras empresariales dimensionadas al mercado interior, a la transnacionalidad de la actividad económica y que eliminara los obstáculos jurídicos y psicológicos derivados de la diversidad legislativa nacional. La Exposición de motivos del RESE de 2001 en su considerando número 7 justifica así al nuevo tipo societario: *“Las disposiciones de un Reglamento de este tipo permitirán la creación y gestión de sociedades de dimensión europea, sin que los obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan impedir o dificultar tales operaciones”*.

Los operadores sociales (UNICE o Confederación Europea de sindicatos y la Unión de Confederación de la Industria y los Trabajadores de Europa) y grupos industriales<sup>333</sup>, desde finales de los años ochenta, presionaban a las instituciones comunitarias demandando estructuras organizativas societarias de carácter comunitario que facilitaran la cooperación transnacional y simplificación de grupos industriales europeos, en suma, que mejorasen la productividad y la competitividad de la industria europea, sin olvidar la participación de los trabajadores en el nuevo tipo societario.

---

<sup>332</sup> Vid. Informe Davignon : “Final Report of the Group of Experts of European Systems of Worker Involvement (with regards to the European Company Statute and the other pending proposals)”, Luxemburgo, 1997, disponible en:

[http://ec.europa.eu/employment\\_social/labour\\_law/docs/davignonreport\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/davignonreport_en.pdf)

<sup>333</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R./ GUTIÉRREZ DONROSORO, C., *La Sociedad Anónima ...*, ob. Cit., págs. 32-33. Destacan el papel desempeñado por la industria en la revitalización del proyecto de la SE, así el grupo inglés British Petroleum (BP) apoyado por la organización de industriales conocida como *Tabla Redonda de industriales europeos*, realizó en 1993-1994 una fuerte campaña a favor de la SE y tuvo la oportunidad, a través de su vicepresidente Lord Simon, de relanzar el proyecto en el seno del Consejo, como Presidente del Consejo del Mercado interior bajo la presidencia inglesa. La industria muestra su interés por *“una única sociedad que opere con establecimientos permanentes en los distintos Estados miembros con un único balance anual, una única declaración fiscal y con un único régimen jurídico sobre participación de los trabajadores”*.

Con un entorno económico, social y jurídico favorable a la creación de la SE, el único escollo pendiente era el acuerdo político de los Estados miembros, alcanzado en el Consejo Europeo de Niza celebrado los días 7 y 8 de diciembre de 2000<sup>334</sup>, que además sirvió para demostrar a la opinión pública no solo el interés y la necesidad de esta estructura societaria de tipo europeo, sino la capacidad de los Estados miembros para alcanzar acuerdos en el seno de la Unión, especialmente después de tantos años, restaurando finalmente el clima de confianza social y estabilidad política demandado por la Comunidad.

El Consejo de la Unión Europea debía aprobar, siguiendo el mandato de Niza, los textos definitivos del Reglamento y de la Directiva de la SE antes de finales de 2000 y a tal efecto se convocó un Consejo especial dirigido por Elisabeth Gigue para la revisión de las propuestas en las que se incluyó el cambio de la base legislativa. Los textos fueron sometidos a la consulta del Parlamento Europeo en sus sucesivas rondas (Informes del Parlamento Europeo de 21 de mayo de 2001, Decisión en primera lectura de 26 de junio de 2001) adoptando una posición final el 4 de septiembre de 2001, en la que se aprobaba el Informe elaborado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior e introducía enmiendas sobre fiscalidad, constitución, registro y organización interna de la SE. El Consejo tras examinar las enmiendas del Parlamento Europeo -que fueron rechazadas- adopta definitivamente el 8 de octubre de 2001 el Reglamento núm. 2157/2001/CE por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y la Directiva

---

<sup>334</sup> Con anterioridad, en la Cumbre de Colonia en mayo de 1999, se había logrado un acuerdo básico por catorce Estados Miembros; el único veto a la aprobación de PDITSE provenía de España, que se oponía a que una minoría sujeta al régimen de cogestión (el 25% del total de la plantilla resultante o un porcentaje inferior pero con acuerdo de la Comisión negociadora) impusiera el régimen de participación a una mayoría (sin cogestión) en el supuesto de constitución por fusión de sociedades de varios Estados miembros con diversos sistemas de participación y sin haber logrado el consenso previo entre las partes. El compromiso político de España se alcanzó en Niza, merced a los importantes subsidios de la flota pesquera española como herramienta de negociación.

Vid. MENJUCQ, M., "La société européenne: enfin l'aboutissement ! », *Le Dalloz*, núm. 13, 2001, pág. 1085 ; ESTEBAN VELASCO, G. "El compromiso de Niza...", ob. cit., págs. 141-162.; MARTÍNEZ – ECHEVARRIA Y GARCÍA DUEÑAS, A., "La Sociedad Europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora", AAVV., Dir. BENEYTO, J.M./MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A., *El Espacio financiero único en la Unión Europea: Los Mercados de Valores*, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 144-153.

2001/86/CE, por la que se completa el Estatuto de la SE en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, dando así por finalizado el proyecto legislativo más antiguo de la Unión Europea después de más de treinta años. Ambos Textos se publicaron en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, Serie L, núm. 294 de 10 de noviembre de 2001.

II. PRINCIPIOS JURÍDICOS INSPIRADORES DEL REGLAMENTO (CE) N<sup>o</sup> 2157/2001, DE 8 OCTUBRE, SOBRE EL ESTATUTO DE LA SE.

Los principios jurídicos contenidos en la Exposición de motivos y articulado del RESE se pueden clasificar según su naturaleza jurídica y eficacia normativa, en: a) Principios generales de técnica legislativa imperantes en el acervo comunitario, esto es, principios de simplificación, subsidiariedad y proporcionalidad y; b) Principios específicos de la SE centrados en la no discriminación, transnacionalidad o vocación europea y flexibilización del régimen jurídico de la SE.

Los principios generales de técnica legislativa informan sobre los aspectos formales y estructurales del Reglamento (simplificación normativa) y los criterios de política legislativa seguidos para delimitar los ámbitos competenciales materiales de regulación comunitaria y nacional (principios de subsidiariedad y proporcionalidad). Por otro lado, los principios específicos de la SE tienen un valor funcional, integrador e interpretativo del régimen jurídico e incluso tipificador de naturaleza jurídica de la SE. En efecto, la flexibilización del régimen jurídico de la SE la convierte en un tipo *societario mixto y multiforme*, regulado tanto por normas comunitarias de tipología diversa (Reglamento y Directiva), como por las Legislaciones nacionales aplicables a las sociedades anónimas del Estado donde la SE fije su domicilio social<sup>335</sup>.

---

<sup>335</sup> Vid. MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., "La Sociedad Europea...", ob. cit., pág. 155.

### **A. El RESE: una respuesta a la propuesta SLIM del Derecho de sociedades y a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.**

La estrategia legislativa comunitaria SLIM<sup>336</sup> (*Simpler Legislation for the Internal Market*) en materia societaria se define “como un ejercicio de desregularización destinado a identificar las posibilidades de simplificación de las directivas (de sociedades), así como a formular las oportunas propuestas”<sup>337</sup> ajustadas a los nuevos estándares de producción legislativa como las cláusulas de revisión, codificación, refundición o corrección, entre otros. El texto del RESE acoge el principio de simplificación legislativa en sus aspectos formales mediante la reducción considerable de su número de artículos a 70 frente a los 284 artículos, más 4 anexos de 50 artículos cada uno (total de 484 artículos) de las propuestas iniciales de los años 1970 y 1975 ó los 137 artículos del PRESE del año 1991. La simplificación legislativa del RESE está favorecida por los trabajos de aproximación de las legislaciones nacionales en materia societaria (Directivas) realizados hasta la fecha, de manera que, “puede hacerse una remisión a la legislación sobre Sociedades Anónimas del Estado miembro del domicilio social para todo aquello que afecte a la SE en los ámbitos en los que su funcionamiento no exija la existencia de normas comunitarias uniformes”<sup>338</sup>. El RESE se adecua a los nuevos estándares de calidad legislativa al incorporar por primera vez la cláusula de revisión del Art. 69 RESE: “A más tardar cinco años después de la entrada en vigor del presente Reglamento, la Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación del presente Reglamento, junto con propuesta de modificación, si procede. ...”.

---

<sup>336</sup> Vid. *ut supra*, “Nueva estrategia legislativa: la desregularización del Derecho societario europeo”, pág. 84.

<sup>337</sup> Vid. Doc. XV/6037/99-Es. Recomendaciones del grupo de trabajo encargado de la simplificación del Derecho de Sociedades en el marco de la iniciativa SLIM relativas a la simplificación de las Directivas Primera y Segunda en el ámbito del Derecho de Sociedades. El grupo que elaboró estas propuestas y recomendaciones estaba integrado por expertos y usuarios del Derecho de sociedades y representantes de los Estados miembros, presididos por el profesor de la Universidad de Gante Sr. Eddy Wymeersch.

<sup>338</sup> Vid. Considerando número 9 del RESE de 2001. Directivas societarias y Mercado de Valores vigentes al tiempo de la aprobación del RESE que afectan a aspectos importantes de la tutela de la información societaria y transparencia.

Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Art. 5 TCE) rigen las relaciones de la Unión Europea con los Estados miembros al someter la intervención comunitaria a los filtros de la necesidad, eficacia y adecuada intensidad. Estos principios son directamente invocados por el considerando 29 de la Exposición de motivos del RESE: *“Habida cuenta de que los objetivos de la acción contemplada no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros en la medida en que se trata de establecer la sociedad anónima europea de ámbito europeo, y, por consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de conformidad con el principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad, tal y como se enuncia en el mismo artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos”*; y en materia de protección de los intereses de accionistas minoritarios, acreedores y otros titulares de derecho en supuestos de traslado del domicilio social de la SE, el considerando 24 RESE expresamente reconoce que: *“Debe contemplarse la posibilidad de que la SE traslade su domicilio social a otro Estado miembro. La debida protección de los intereses de los accionistas minoritarios que se opongan al traslado, así como de los acreedores y de los titulares de otros derechos, deberá ser proporcionada. Dicho traslado no debería afectar a los derechos nacidos antes del traslado”*.

### **B. Principio de igualdad o no discriminación.**

Una de las cuestiones tradicionalmente demanda por los agentes sociales y Estados miembros y finalmente recogida por la Comisión en los PRESE de los años noventa es el principio de igualdad de trato o no discriminación de la SE respecto del resto de los tipos societarios nacionales. El considerando 5 del RESE establece que: *“Los Estados miembros tienen la obligación de garantizar que ninguna de las disposiciones aplicables a las Sociedades Europeas en virtud del presente Reglamento entrañe discriminaciones derivadas de un tratamiento injustificadamente distinto de una Sociedad Europea con respecto a las sociedades anónimas ni limitaciones desproporcionadas a la constitución de una Sociedad Europea o al cambio de su domicilio”*; y en el considerando 18 advierte que: *“Conviene garantizar que todos los Estados miembros apliquen a las infracciones de las disposiciones del presente Reglamento las sanciones aplicables a las sociedades anónimas sometidas en su legislación”*. En el



mismo sentido, el Art.10 RESE recoge la cláusula de no discriminación<sup>339</sup> al establecer que salvo disposición en contra, la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo tratamiento que una sociedad anónima.

El principio de igualdad o no discriminación pretende evitar las situaciones de utilización abusiva del nuevo tipo societario que pudieran provocar el temido efecto *Delaware* o deslocalización empresarial hacia los Estados miembros con tratamiento legislativo más favorable o menos restrictivo, o situaciones de fraude de ley, entre otros. Se omite cualquier tratamiento de favor o privilegios de la SE, sobre todo en el ámbito fiscal, cuando ésta había sido una de las cuestiones defendidas por los grupos de trabajo de las primeras propuestas de los años 70 (Sanders) como medida de fomento y divulgación del tipo societario. No obstante, implícitamente el RESE admite que un Estado miembro pueda introducir normas específicas para la SE siempre que no contengan un “tratamiento injustificado” y además, se pueden imponer “limitaciones que no sean desproporcionadas a la constitución de una SE o al cambio de su domicilio” como pueden ser las justificadas por razones de interés público (Art. 8.14 RESE). El principio de no discriminación de la SE supera la óptica puramente comercial referida al mercado y abarca a la normativa de los Estados miembros dedicada a los aspectos institucionales de la constitución de la SE<sup>340</sup>.

### C. Transnacionalidad o vocación europea de la SE.

La *vocación europea*<sup>341</sup> o *transnacionalidad* es un principio específico del régimen jurídico de la SE previsto en la Exposición de motivos del RESE e implícitamente, en los requisitos subjetivos y materiales exigidos en las modalidades de constitución de la SE.

---

<sup>339</sup> Vid. GARCÍA RIESTRA, M., “La sociedad Anónima Europea...”, ob. cit., págs. 32 y ss.

<sup>340</sup> Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Procedimientos para constituir una SE”, AAVV., Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob.cit., pág. 284.

<sup>341</sup> Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Procedimientos ...”, ob.cit., págs. 284 -285; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho mercantil ...*, ob. cit., págs. 210-211; MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La sociedad europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora”, AAVV, Dir., BENEYTO, J.M./MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A., *El Espacio financiero único ...*, ob. cit., págs. 141-144.

La SE se concibe como instrumento jurídico empresarial al servicio de “*la reorganización de las actividades a escala comunitaria*” (considerando 1 RESE) y “*la realización de operaciones de reestructuración y cooperación en las que intervienen empresas de distintos Estados miembros*” (considerando 3 RESE) mediante “*la creación y gestión de sociedades de dimensión europea*” (considerando 7 RESE).

La vocación europea de la SE, vinculada con las modalidades de acceso, suscita la controversia y el debate en torno a “*quiénes y en qué condiciones*” pueden tener acceso al nuevo tipo societario. Las posiciones en el debate oscilan entre los partidarios de una *transnacionalidad europea estricta* que reconoce el acceso únicamente a las empresas constituidas conforme a la legislación de dos o más Estados miembros y, la postura liberal<sup>342</sup> que equipara la SE a cualquier sociedad anónima nacional de tal suerte que el nuevo tipo societario fuera accesible a cualquier persona física o jurídica, nacional o extranjera. El legislador comunitario, partidario de la postura restrictiva, establece el requisito previo de la existencia de una concentración empresarial a escala intercomunitaria como fin primordial de la SE pues la constitución únicamente de nuevas sociedades y empresas, aunque fueran a escala comunitaria, quedan sujetas a las legislaciones nacionales. Las vías de acceso o modalidades de constitución de la SE (Art. 2 RESE) son el verdadero vehículo trasmisor de la vocación europea al establecer requisitos de naturaleza económica, jurídica y temporal para las sociedades o entidades participantes/promotoras de la fundación la SE y restringiendo el acceso directo a las personas físicas, sin perjuicio de la posible participación de las Sociedades Unipersonales en la constitución de una SE y la previsión del Art.3.2 RESE en los supuestos de una SE que constituyan una o más sociedades filiales en forma de SE y sean unipersonales.

El principio de transnacionalidad o vocación europea de la SE condiciona su instrumentalización, naturaleza jurídica y tipificación (sociedad de segundo grado) para convertirse en un requisito previo exigible desde una doble perspectiva: la económica, para aquellas organizaciones empresariales que necesariamente desarrollaran su actividad a escala comunitaria, y desde la perspectiva jurídica, limitando el acceso a las personas jurídicas sujetas al Ordenamiento de dos o más Estados miembros diferentes. La *Societas Europae* es

---

<sup>342</sup> Postura mantenida en el Proyecto Sanders.

un instrumento transnacional y transversal de concentración y/o cooperación empresarial/societaria sujeta, en todo caso, a las normas nacionales y comunitarias sobre competencia<sup>343</sup>.

#### D. Flexibilización: régimen jurídico fragmentado y fragmentario de la SE.

La flexibilidad<sup>344</sup> del RESE es la nota esencial y diferencial del régimen jurídico de la SE de 2001 respecto de los proyectos anteriores. La flexibilidad condiciona la naturaleza jurídica del tipo societario y su calificación doctrinal como “*híbrido societario nacional comunitario*”<sup>345</sup>. El *régimen fragmentado y fragmentario* de la Sociedad Europea es uno de los elementos tipificadores de la misma. El régimen fragmentado de la SE se refiere en términos de MARTÍNEZ

---

<sup>343</sup> Vid. HERRERO SUÁREZ, C., “Control de las concentraciones de empresas”, AAVV., Coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A., *Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e intervenciones públicas)*, Valladolid, Lex Nova, 2005, págs.437-480.

Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia. BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

<sup>344</sup> La flexibilización del régimen jurídico del RESE es resultado del compromiso político alcanzado, que da entrada a las tradiciones jurídicas nacionales y permite la utilización de la técnica de la remisión gracias a los avances alcanzados en la armonización del Derecho societario y la nueva estrategia legislativa comunitaria a favor de técnicas simplificadoras y modernización del acervo comunitario. Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R./GUTIÉRREZ DONROSOSRO, C., *La Sociedad Anónima...*, ob.cit., pág. 62;

<sup>345</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Características generales ...”, ob. Cit., págs.61 y 75; ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza...”, ob. cit., pág. 146; MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La Sociedad Europea...”, ob.cit., pág. 155, referido a “*tipo societario mixto y multiforme*”; PALAO MORENO, G., *El Traslado del domicilio social de la SE...*, ob. Cit, págs. 87- 89; VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima Europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la SAE domiciliada en España”, AAVV., Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, págs. 44 y 45; GARCÍA RUESTRA, M., “La sociedad anónima...”, ob. cit, pág. 55 y ss; ANSÓN PEIRONCELY, R./GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima...*, ob. cit., pág. 61; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El Estatuto jurídico de la Sociedad Anónima Europea (perspectiva general y aspectos de su régimen jurídico)”, AAVV, Coord. PÉREZ CARRILLO, E., *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 154; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L.A., “El Reglamento de la Sociedad Europea...”, ob. cit., págs. 36 a 39.

ECHEVARRÍA<sup>346</sup>, a las dos normas de distinto rango – Reglamento y Directiva- que aplicadas “concomitantemente” y constituyendo entre sí un complemento indisociable, conforman el régimen jurídico de la SE. En el considerando núm.19 RESE expresamente se reconoce que: *“La Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de Octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores establece las normas relativas a la participación de los trabajadores en la SE, y dichas disposiciones, por consiguiente, constituyen un complemento indisociable al presente Reglamento y deben aplicarse concomitantemente”*.

El RESE contiene un régimen fragmentario porque no regula directamente todos los aspectos societarios que son propios del nuevo tipo societario, sino que acude a otras fuentes normativas mediante la técnica del reenvío (cfr. considerando 9 RESE). El RESE realiza remisiones a las disposiciones nacionales de la Sociedades anónimas en materias como el capital social, las acciones, las obligaciones, la inscripción registral, la publicidad, la responsabilidad de los miembros de los órganos de dirección, el control o la administración, la organización y funcionamiento de la Junta General y de los procedimientos de votación, etc. Además junto a la compleja “pirámide normativa” del Art. 9 del RESE, el régimen jurídico de la SE se completa con una remisión general al Derecho nacional del domicilio social de la SE para aquellas materias con regulación especial o no estrictamente societarias<sup>347</sup>. Esta suerte de remisiones y reenvíos para colmar las lagunas del régimen jurídico de la SE, si bien están justificadas por dotar “a priori” a la SE de una cierta flexibilidad, sin duda puede

---

<sup>346</sup> Vid. MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La sociedad europea.....”, ob. cit., págs. 153 -154.

<sup>347</sup> En este sentido el considerando (20) RESE: *“El presente Reglamento no cubre otros ámbitos del Derecho tales como el Derecho fiscal, el Derecho de la competencia, el Derecho de propiedad intelectual y el Derecho concursal y, por consiguiente, en dichos ámbitos y en otros ámbitos no cubiertos por el presente Reglamento serán aplicables las disposiciones del Derecho de los Estados miembros y del Derecho comunitario”*, ya anuncia el complejo sistema de fuentes del RESE, con ámbitos excluidos de su regulación (derecho fiscal, derecho de la competencia y de la propiedad intelectual y derecho concursal – de esta enumeración sistemática excluye el Derecho laboral por estar regulado en la DITSE -) y otros aspectos no “regulados” o también los que pudieran estar “parcialmente regulados”, que serán regulados por el Derecho de los Estados miembros en los que la SE tenga establecido el domicilio social siguiendo el criterio de la sede real.

provocar una serie de consecuencias jurídicas diversas según que las normas a las que se reenvían hayan sido objeto o no de armonización a nivel comunitario, como puede ser en el supuesto previsto para las cuentas anuales del Art. 61 RESE que cuenta con armonización suficiente a nivel comunitario y actualizada a las normas internacionales de contabilidad, frente a la remisión del Art. 63 RESE en los supuestos de disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y procedimientos análogos en los que la armonización es menor, pudiendo provocar supuestos de incompatibilidad entre el RESE y el Derecho nacional.

El complejo sistema de fuentes comunitarias y nacionales del Art. 9 RESE protagoniza la *nueva concepción de la SE simplificada y fragmentación normativa del RESE*. La configuración sistemática del RESE obedece, de una parte, a la idea de que no es necesario ir más allá en su especificidad comunitaria de lo que exige el objetivo de posibilitar la realización de operaciones transfronterizas mediante la constitución y funcionamiento de sociedades comunitarias; de otra parte, a la consideración de que el grado de armonización societaria ya conseguido en el Derecho interno en relación con el momento de elaboración de las anteriores propuestas permite las mencionadas remisiones y finalmente, a la pretensión de ofrecer una configuración flexible y realista, de más fácil aceptación por los Estados miembros, suavizando o eliminando la regulación de cuestiones conflictivas. En definitiva, el RESE ofrece una solución pragmática y de compromiso, plagada de dificultades en la delimitación e interpretación del derecho aplicable fruto de un complejo sistema de fuentes, pero atractivo a la vez como instrumento para llevar a cabo operaciones de concentración empresarial transfronterizas, inviables o difíciles de realizar con los vigentes Derechos nacionales.

El sistema de fuentes del RESE ha sido una de las cuestiones más criticadas por la doctrina, ya que no sólo dificulta la aplicación e interpretación del régimen jurídico de la SE, sino que también provoca situaciones de incompatibilidad absoluta por remisiones a legislaciones que vayan en contra del espíritu de la SE, e incluso, esta técnica de remisiones provoca multiplicidad de regímenes societarios de la SE en función del Estado miembro en el que esté su domicilio social. Esto es, una SE con "*marca comunitaria*" y diversos "*modelos de carácter*

*nacional*”, o en otros términos, la SE dejaría de ser un tipo societario europeo, para convertirse en una “*sociedad nacional de carácter europeo*”<sup>348</sup>.

### III. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL ESTATUTO DE LA SE EN EL REGLAMENTO (CE) Nº 2157/2001.

La estructura y contenido del RESE 2001 es el resultado de un proceso de simplificación y vaciamiento progresivo de su contenido impuesto por políticas de simplificación legislativa, los progresos de la armonización societaria y los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y flexibilización del régimen jurídico. El contenido de sus 70 artículos y anexos se distribuye en:

a) Título I sobre “Disposiciones Generales” (Arts. 1 a 14 RESE) relativos a los rasgos configuradores del tipo social como el concepto (Art. 1 RESE), requisitos subjetivos para las distintas modalidades de acceso (Art. 2 RESE), capital social (Arts. 4 y 5 RESE), domicilio social y traslado (Art. 7 y 8 RESE), sistema de fuentes (Art. 9 RESE), principio de no discriminación (Art. 10 RESE), denominación social (Art. 11 RESE) y publicidad formal y registro (Arts. 12, 13 y 14 RESE).

b) Título II sobre “Constitución” dividido en cinco secciones dedicadas cada una de ellas a las distintas modalidades de constitución: Sección Primera relativa a “Generalidades” (Arts. 15 y 16 RESE), Sección Segunda sobre “Constitución de una SE mediante fusión” (Arts. 17 a 31 RESE), Sección Tercera destinada a la “Creación de una SE holding” (Arts. 32 a 34 RESE), Sección Cuarta sobre

---

<sup>348</sup> Vid. BLANC, G., “La société Européenne: La pluralité des rattachements en question (a propos du règlement 2157/2001 du 8 octobre 2001) », *Le Dalloz*, núm. 12, año 178, marzo 2002, págs. 1052 y ss.; GARCÍA RIESTRA, M., “La sociedad anónima...”, *ob.cit.*, en la nota 76. El empleo de una pluralidad de remisiones al Derecho nacional establece un régimen jurídico complejo de difícil interpretación e integración, que deberá ser solventada por los especialistas, y además se dificulta el proceso de armonización, puesto que existe el riesgo de que los Estados decidan mantener sus particularismos nacionales a la hora de elaborar una normativa específica para las SE establecidas en su territorio, eludiendo así el espíritu y finalidad de la SE como instrumento uniforme de concentración empresarial que evite los obstáculos derivados de la disparidad legislativa de los derechos nacionales y conculcando el principio de no discriminación. Sin duda, estas situaciones no haría sino favorecer el temido efecto Delaware o deslocalizador de las sedes societarias en busca de las legislaciones más favorables.

“Constitución de una SE filial” (Arts. 35 y 36 RESE) y Sección Quinta sobre “Transformación de una Sociedad anónima existente en SE” (Art. 37 RESE).

c) Título III sobre “Estructura de la SE” (Art. 38 RESE) y dividido en cuatro secciones: la primera relativa al “sistema dual” (Arts. 39 a 42 RESE), segunda al “sistema monista” (Arts. 43 a 45 RESE), la tercera sobre “normas comunes a ambos sistemas” (Arts. 46 a 51 RESE), y cuarta sobre “Junta general” (Arts. 52 a 60 RESE).

d) Título IV relativo a las “Cuentas anuales y cuentas consolidadas” (Arts. 61 y 62 RESE), con remisión expresa a las normas aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en que tenga su domicilio social la SE.

e) Título V sobre “Disolución, Liquidación, insolvencia y suspensión de pagos” (Arts. 63 a 66 RESE), al igual que en materia contable consta el reenvío expreso sobre la materia a las disposiciones legales aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro donde la SE tenga su domicilio social.

f) Título VI sobre “Disposiciones complementarias y transitorias” de la SE (Art. 67 RESE), que reconoce a los EEMM que no hubiesen alcanzado la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria (UEM) la posibilidad de utilizar la expresión en euros del capital social de las SE domiciliadas en su territorio, aplicando este mismo criterio en la elaboración y publicación de las cuentas anuales y consolidadas de las SE domiciliadas en su territorio.

g) Título VII sobre “Disposiciones Finales” (Arts. 68 a 70 RESE), fijan la entrada en vigor del RESE el 8 de octubre de 2004 y la obligación que compete a los Estados miembros de tomar las medidas necesarias que aseguren la aplicación efectiva del RESE, en particular deben designar las autoridades competentes en los procedimientos previstos en supuestos de traslado del domicilio social y el control de legalidad de las modalidades de constitución.

El contenido del Anexo I es una relación de los tipos societarios nacionales que pueden acceder a la constitución de una SE por fusión, únicamente reconocido a las Sociedades Anónimas, y el Anexo II enumera los tipos de

Sociedades Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada nacionales que pueden participar en la constitución de una SE holding.

#### IV. EL COMPLEJO SISTEMA DE FUENTES DEL REGLAMENTO DE LA SOCIEDAD EUROPEA. EL ARTICULO 9 RESE.

El sistema de fuentes articulado en el RESE es un conjunto de subsistemas de fuentes interrelacionados, basados en un modelo “indirecto”<sup>349</sup>, complejo, jerárquico y decisivo para determinar la naturaleza jurídica del tipo societario. Los PRESE de los años 70 pretendían *una Sociedad de Derecho comunitario (Handelsgesellschaft europäischen Rechts)*, esto es, una SE regulada en todos sus extremos por normas comunitarias que se añadía al elenco de los tipos societarios nacionales. Por el contrario, la realidad contenida en el RESE actual responde más a “una sociedad nacional de tipo europeo” (*Handelsgesellschaft europäischen Typs*), esto es, una sociedad mixta o “híbrido societario nacional- comunitario”<sup>350</sup> resultado del cruce entre las normas comunitarias y nacionales del Estado miembro del domicilio social de la SE, de tal forma que habrá tantas modalidades de SE o regímenes societarios como Estados miembros, con la única salvedad común de la “marca comunitaria”.

El complejo sistema de fuentes del RESE es uno de los aspectos más criticados y controvertidos de la figura que se incia con el análisis del Art.9 RESE al establecer que:

---

<sup>349</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R./GUTIERREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob.cit., págs. 61 y ss; GARCÍA RUESTRA, M., “La Sociedad anónima...”, ob.cit., págs. 55 -57; En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La Sociedad Europea: un régimen fragmentario y con intención armonizadora”, AAVV, Dir. BENEYTO, J.M./MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A., *El Espació Financiero Único en la Unión Europea. Los Mercados de valores*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 164: “Esta complejidad no ha sido buscada, pero tras el devenir accidentado en la elaboración del régimen de la SE, su articulada jerarquía de fuentes se ha convertido, al tiempo, en la puerta de salida del atolladero en que se encontraba y la de acceso al laberinto que supondrá la integración e interpretación de su Estatuto.”

<sup>350</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza...”, ob. cit., pág. 141-162, ha utilizado la terminología de la “marca comunitaria” para referirse a la naturaleza híbrida de la SE, al igual que otros autores han hecho referencia a la “etiqueta europea” como ANSÓN PEIRONCELY, R./GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima ...*, ob. cit., pág. 54.



*“1. Las SE 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 SE; 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 las medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE;*

*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 SE 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 SE tenga su domicilio social.*

*2. Las disposiciones legales que adopten los Estados miembros específicamente para las SE deberán ser conformes con las Directivas aplicables a las sociedades anónimas a que se refiere el anexo I.*

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

La primera lectura del Art. 9 RESE evidencia una novedosa configuración sistemática de las fuentes donde:

a) Se entremezclan normas sustantivas de Derecho material con normas conflictuales del Derecho Internacional Privado o determinación de la *lex societatis*<sup>351</sup>;

---

<sup>351</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, J.F., “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, págs. 7-38.

b) Se diferencia una doble naturaleza en la técnica jurídica del reenvío a otras fuentes legislativas nacionales y/o comunitarias; de una parte la *remisión genérica* del Art. 9 RESE junto a *remisiones especiales* contenidas en diversos artículos para cuestiones concretas y en ambos casos el RESE utiliza como “punto de conexión”<sup>352</sup> *la lex societatis* del domicilio social de la SE (Cfr. Art.9. 1 c), Art. 3.1, Art. 5, Art. 8.5 y 14, Art. 12. 1, Art. 13, etc...);

c) Se omite cualquier referencia a los principios generales del derecho o criterios interpretativos en el sistema de fuentes<sup>353</sup>, a excepción del principio de igualdad o no discriminación del Art. 10 RESE;

d) Se aprecian diversos “subsistemas” de fuentes o regímenes jurídicos aplicables dependiendo del tipo de materia *regulada o no, cubierta o no*<sup>354</sup> por el RESE, distinguiendo entre:

---

<sup>352</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A. “Características generales de la SE...”, ob. cit., pág. 100; VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Sociedad Anónima europea: una aproximación al sistema de fuentes”, AAVV, Coord. PÉREZ CARRILLO, E.F, *Estudios de Derecho Mercantil Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 139.

<sup>353</sup> El Art. 7 PRESE-75 establecía:

“1. *Salvo disposición en contrario, las materias regidas por el presente Estatuto, incluso en aquellas cuestiones que no regule expresamente, estarán sustraídas a la aplicación de los Derechos de los Estados miembros. Cuando alguna cuestión no esté expresamente regulada, deberá ser resuelta:*

- a) *Según los principios generales en los que se inspira este Estatuto.*
- b) *Si estos principios generales no permitieran resolver la cuestión, según las reglas o principios generales comunes de los Derechos de los Estados miembros.*

*Para la aplicación del presente Reglamento, formarán parte de él las reglas o principios generales de los Derechos de los Estados miembros mencionados en el apartado b) anterior”.*

2. *Las materias que no estén reguladas por el presente Estatuto se someterán al Derecho nacional aplicable al caso.”*

A la vista de este precepto, el PRESE-75 se presentaba como *ordenamiento autónomo y cuasiautosuficiente*, que mediante la analogía u otros recursos de integración e interpretación de los principios generales del PRESE y comunes a los Derechos de los EEMM, podía resolver cualquier laguna de su regulación. Por el contrario, la técnica de remisiones del RESE para colmar lagunas legales tanto societarias como extrasocietarias, incide directamente en la conceptualización de la SE como una sociedad de naturaleza jurídica mixta en la que predomina el elemento nacional sobre el comunitario, de tal suerte que nos encontramos varias sociedades nacionales de carácter europeo. Vid VELASCO SAN PEDRO, L.A.. “Sociedad Anónima Europea ...”, ob. cit., págs.134 y 144.

- i) Materias reguladas expresamente por el Reglamento que agotan “a priori” el contenido de las mismas;
- ii) Materias reguladas por los estatutos sociales o “autonomía de la voluntad” por disposición expresa del Reglamento;
- iii) Materias no reguladas o reguladas en parte sujetas al sistema jerárquico diseñado por el Reglamento; y
- iv) Materias no cubiertas por el Reglamento pero que afectan al régimen jurídico de la SE.

#### **A. Materias reguladas expresamente por el Reglamento comunitario.**

Únicamente las materias “reguladas” expresamente por RESE responden al objetivo inicial de un régimen jurídico uniforme comunitario<sup>355</sup>, que se agota en primer lugar por aplicación de las disposiciones del Reglamento, y en segundo lugar, cuando lo permita expresamente el RESE, por las disposiciones de los estatutos sociales de la SE (Art. 9.1, a) y b) RESE). Las disposiciones del RESE son normas derecho necesario o *ius cogens*, y por tanto indisponibles por los destinatarios de las mismas, salvo en los casos expresamente previstos por el Reglamento. La remisión expresa a la autonomía de la voluntad impide la intromisión de los Derechos nacionales<sup>356</sup> que no podrán invocar la aplicación de normas internas en las materias reservadas por el RESE a los Estatutos sociales.

---

<sup>354</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R/ GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima ...*, ob. cit., págs. 67-68; PALAO MORENO, G., *El Traslado del domicilio ...*, ob. cit., pág. 95.

<sup>355</sup> Vid. Considerando núm. 6 RESE: “...una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad”, que se alcanza mediante “...disposiciones de un Reglamento de este tipo que permitan la creación y la gestión de las sociedades de dimensión europea” (Considerando núm.7 RESE).

<sup>356</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, *GJ*, nº 217 (enero-febrero) 2002, pág. 13. Conforme a este criterio, las materias reguladas por el RESE lo serán con carácter exclusivo y excluyente por el RESE, sin que ello, entendemos se pueda afirmar con absoluta rotundidad de todas y cada una de las posibles lagunas que la práctica nos pueda presentar. Difiere de esta clasificación, VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Características generales ...”, ob.cit., nota pie 149, pág. 101 y págs. 77 y 78, que aún reconociendo el carácter imperativo de esta disposición, no por ello descarta la posibilidad de una mayor presencia de la autonomía de la voluntad o derecho

Las materias sometidas a un régimen comunitario uniforme son las relacionadas con:

a) Configuración tipológica, naturaleza jurídica y particularidades de la SE: sociedad de responsabilidad limitada (Art. 1.2 RESE), sociedad con capital social dividido en acciones (Art. 1.2 RESE), personalidad jurídica atribuida por la inscripción registral (Art. 1.3 y 16.2 RESE), denominación social con la inclusión necesaria de las siglas SE (Art. 11.1 RESE), capital social mínimo de 120.000 Euros (Art. 4.1 RESE) y domicilio social situado en la Comunidad en el Estado miembro donde se sitúe la administración central de la SE (sede real o efectiva) (Art. 7 RESE).

b) Régimen jurídico de inscripción de actos y publicidad formal de la SE (Arts. 12, 13 y 14 RESE).

c) Régimen jurídico de la Sociedad en formación: responsabilidad solidaria de las personas físicas o jurídicas que hayan realizado actos en nombre de la SE antes de su inscripción y la SE no asuma como propios (Art.16.2 RESE).

d) Régimen jurídico de las modalidades de constitución de la SE (Arts. 2 y 15 a 37 RESE) con matizaciones que se expondrán más adelante.

e) Procedimiento de traslado del domicilio social de la SE (Art.8 RESE).

f) Régimen jurídico de la transformación de SE en Sociedad anónima nacional (Art.66 RESE).

h) Estructura organizativa de la SE (Arts. 38 a 60 RESE).

---

dispositivo en la regulación de la SE – y en consonancia con la tesis contractual de las sociedades que se va abriendo paso vinculadas al pensamiento del análisis económico del Derecho- a través de las legislaciones de los Estados miembros. En la misma línea, aunque con ciertas matizaciones, Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza...”, ob, cit, págs. 141-162, quién reconoce en la tarea pendiente en la elaboración de un Estatuto de la “Sociedad Privada Europea”, el cauce idóneo para el establecimiento de un régimen flexible y simplificado con amplio margen para la autonomía de la voluntad, y planteándose no obstante respecto del actual RESE, “ ... en una época desreguladora, se cuestiona la propia concepción como sociedad comunitaria sujeta a una normativa de intenso carácter imperativo. La verdad es que sin renunciar en algunos aspectos a los viejos planteamientos, en las sucesivas propuestas modificadas se han eliminado obstáculos, ....., y reduciendo el nivel de imperatividad funcional para que pudieran organizarse como SE según un régimen más flexible que el inicialmente previsto”.

i) Ámbito territorial de la SE limitado a la Unión Europea y al Espacio Económico Europeo (Art.1.1 RESE);

j) Aunque no esté contenido en el RESE, la implicación de los trabajadores es materia expresamente regulada por la DITSE y las normas nacionales de implementación<sup>357</sup>.

Las particularidades propias del nuevo tipo societario comunitario supranacional o la "sustancia comunitaria"<sup>358</sup> del RESE se sustenta sobre ciertas materias reguladas relativas a la estructura de gobierno de la SE (Arts 38 a 60 RESE), al sistema de fuentes (Art. 9 RESE), al traslado del domicilio social (Art. 8 RESE), a las modalidades de constitución de la SE (Arts. 15 a 37 RESE) y al régimen jurídico de la implicación o participación de los trabajadores en la SE de la DITSE.

### **B. Materias reguladas por la autonomía de la voluntad privada.**

La autonomía de la voluntad como fuente legislativa del RESE se instrumenta en los Estatutos sociales<sup>359</sup> de las SE. El RESE prevé dos supuestos diferentes en los que se acude a los Estatutos sociales y da entrada a un Derecho dispositivo frente al tradicional Derecho imperativo característico de las sociedades anónimas o corporativas:

---

<sup>357</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., "La sociedad anónima europea: una aproximación....", ob. cit., pág.137; QUIJANO GONZÁLEZ, J., "El Estatuto jurídico de la Sociedad Anónima Europea (perspectiva general y principales aspectos de su régimen)", AAVV, Coord., PÉREZ CARRILLO, E. F., *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 155 - 156.

<sup>358</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., "Administración y Control. El sistema dual", AAVV.,Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea: Régimen jurídico.....*, ob. cit., pág. 526.

<sup>359</sup> Art. 6 RESE, define los Estatutos sociales: " ...la expresión estatutos sociales de la SE designará a la vez el acto constitutivo y, cuando constituyan un acto separado, los estatutos propiamente dichos de la SE". Concepto amplio referido al contrato de sociedad o acto constitutivo en su conjunto, independientemente de la estructura formal en la que se documenten (escritura de constitución y/o estatutos sociales) según las tradiciones y prácticas legales de los Estados miembros. Vid.GALÁN LÓPEZ, C., "Estatutos sociales", AAVV, Dir., ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 587-594.

a) Para las materias reguladas cuando el Reglamento lo “*autorice expresamente*” (Art. 9.1,b) RESE). Esta remisión expresa protege la autonomía privada frente a la intromisión de los Derechos nacionales que no podrán invocar la aplicación de sus normas internas frente a las materias que el RESE expresamente permite se regulen por los estatutos de la SE.

b) Respecto de las materias no reguladas o reguladas en parte, el Art.9.1, c).iii) RESE, remite a los Estatutos sociales de la SE “*en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en la que la SE tenga su domicilio social*”. En estos supuestos, el Derecho nacional determina el verdadero alcance de la autonomía privada de los socios que será mayor en los Ordenamientos donde primen modernos planteamientos contractualistas, o menor en consonancia con los clásicos planteamientos institucionalistas en materia societaria<sup>360</sup>.

El RESE contiene una remisión expresa a los estatutos sociales en materias relacionadas con la *Sociedad Europea en formación* (Art.16. 2 RESE); el *sistemas de administración de la SE* fijado por los estatutos (Art. 38. b) RESE) dentro de los límites y requisitos fijados por el RESE; en las *modalidades de constitución de la SE* como la inclusión de nuevos elementos en el proyecto de fusión (Art. 20.2 RESE) o posibilidad de un informe único para todos los accionistas afectados por la operación, en lugar de un informe distinto por cada sociedad anónima que participe en la fusión (Art. 22 RESE<sup>361</sup> y Art. 32.4 RESE para los supuestos de SE

---

<sup>360</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L., “Características generales...” ob. cit., pág. 102; ANSÓN PEIRONCELY, R., *La sociedad anónima...*, ob. cit., pág. 73.

<sup>361</sup> Cfr. Las previsiones contenidas en este artículo también se han incorporado en el Art. 8.2 de la Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, DOUE nº L 310, de 25 de noviembre de 2005 y Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CEE y 82/891/CE del Consejo por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas, DOUE nº L300, de 17 de noviembre de 2007. La congruencia del propio sistema del derecho de sociedades comunitario aconsejaba éstas últimas modificaciones para las escisiones y fusiones de sociedades transnacionales o no, junto con las políticas comunitarias sobre “Legislar mejor” y “mejora de la competitividad”, subrayan la importancia de la reducción de las cargas administrativas que la legislación impone a las

holding) y en supuestos de constitución de SE holding, la posibilidad de fijar en el proyecto de constitución de la SE el porcentaje mínimo de acciones o participaciones de cada sociedad que los accionistas deban aportar para que pueda constituirse la holding SE, con el porcentaje mínimo del 50% de los derechos de voto permanentes (Art. 32.2 RESE).

### **C. Materias no reguladas, reguladas sólo en parte y materias no cubiertas por el RESE.**

El Reglamento diferencia, sin demasiada precisión técnica, las “materias o ámbitos no cubiertos” por el propio RESE de las “materias no reguladas o reguladas parcialmente”. La doctrina<sup>362</sup> justifica el régimen jurídico diferenciado por la naturaleza jurídica de la materia: mientras las materias “no cubiertas” son de naturaleza “extrasocietaria” como el Derecho fiscal, concursal, propiedad intelectual o competencia (considerando 20 RESE); las materias “no reguladas” o solo “reguladas en parte” se refieren a los aspectos societarios no previstos en el RESE y reenviados al Derecho societario nacional armonizado. Este criterio de diferenciación o clasificación<sup>363</sup> quiebra cuando el RESE considera como materia “no cubierta” o excluida del RESE y por tanto extra-societaria, las cuentas anuales y cuentas consolidadas del Art. 61 RESE o el régimen de los grupos de sociedades (considerando 15, 16 y 17 RESE), materias tradicionales del Derecho de Sociedades<sup>364</sup>, o la excepcionalidad que supone el régimen jurídico de la

---

empresas, como elemento para mejorar la competitividad de las empresas y alcanzar los objetivos de la Agenda de Lisboa.

<sup>362</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R., *La sociedad anónima...*, ob. cit. págs. 67-68; PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio ...*, ob. cit. págs. 94-95; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, *GJ*, núm. 217, enero-febrero 2002, págs. 7-38.

<sup>363</sup> Nuestra postura se acerca más a la clasificación de VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Características generales ...”, ob. cit., págs. 97 -98, que tan sólo distingue entre materias “reguladas” bien sea directamente o por la autonomía de la voluntad cuando expresamente lo prevea el RESE, y “materias no reguladas” sometidas al régimen de remisiones genéricas o particulares contenidas en el RESE sin precisar si es materia cubierta o nó, societaria o extrasocietaria.

<sup>364</sup> Vid. La Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de 16 de mayo de 2002, incluye en su Libro IV “De las Cuentas Anuales” regulado en los artículos 445 a 503, confirmando la naturaleza societaria de la

“implicación de los trabajadores en la SE” (DITSE) cuando por su propia naturaleza laboral debería clasificarse entre las materias “no cubiertas” por el RESE.

La consecuencia jurídica de la diferenciación material supone la sujeción a subsistemas de fuentes distintos; mientras las materias extrasocietarias o “no cubiertas” se reenvían en bloque al sistema del Ordenamiento nacional del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social, las materias societarias “no reguladas” o “parcialmente reguladas” se regirán por la jerarquía normativa y técnica de remisiones prevista con carácter general en el Art.9.1c) RESE, a excepción de las remisiones específicas de determinados artículos. En las materias “no reguladas o parcialmente reguladas” se encuentran las que habían sido sacrificadas del texto definitivo del RESE como consecuencia del proceso de adelgazamiento y desregularización al que se someten las Propuestas iniciales de la SE<sup>365</sup>.

---

materia contable, así como la materia de grupos regulado en el Libro VII “De las Uniones de Sociedades” en los artículos 590 a 642 del mismo texto.

<sup>365</sup> Cfr. Remisión genérica de las materias societarias no reguladas contenida en el considerando núm. 9 RESE: “...aproximación de los Derechos nacionales, que permite una remisión a la legislación sobre Sociedades Anónimas del Estado miembro del domicilio social para todo aquello que afecte a la SE en los ámbitos en los que su funcionamiento no exija la existencia de normas comunitarias uniformes”. Las previsiones RESE en su sistema de fuentes para aquellos supuestos de materias no reguladas o previstas insuficientemente, responde al hecho de cumplimentar y suplir el progresivo adelgazamiento al que la propuesta de reglamento de se veía sometido desde finales de los años 80; concretamente la Tercera Propuesta del año 89 fue el inicio del desdoblamiento legislativo del régimen de la SE (reglamento-directiva) y supuso la salida del articulado del Estatuto de la SE de la materia relativa a la participación de los trabajadores. El adelgazamiento fue más evidente en la Cuarta Propuesta del año 91 que trata de edulcorar los tradicionales temas de conflicto: la participación de los trabajadores continua lavía Directiva del Art. 54 g), respecto de los órganos de administración se introduce el sistema opcional monista o dualista en consonancia con la Propuesta de Quinta Directiva formulada entonces, y en materia de grupos de sociedades se pretende igual técnica de remisión al contenido de la Novena Directiva en materia de Sociedades. Vid. Velasco San Pedro, L.A., “ Características generales ...”, ob.cit., págs. 61-62.



Respecto de las materias no reguladas o parcialmente reguladas<sup>366</sup> atendiendo a la tipología de la remisión prevista por el RESE, se distingue entre:

a) Materias societarias sujetas a la remisión especial del Art. 68.1 RESE: “Los Estados miembros adoptarán todas las disposiciones adecuadas para garantizar la aplicación efectiva del presente Reglamento”. En estos supuestos el legislador comunitario comparte con el nacional la competencia normativa en materias concretas. El legislador estatal debe aportar las soluciones concretas optando entre una regulación especial para la SE distinta del resto de las SA, o ceñirse exclusivamente a lo regulado por el Derecho societario europeo armonizado, o incluso a la remisión directa a normas comunitarias europeas, o simplemente que la materia no tenga prevista regulación alguna en su Ordenamiento nacional de modo que la opción legislativa nacional puede agravar la incertidumbre del ya complejo y mixto régimen jurídico de la SE generando una SE de “geometría variable”<sup>367</sup> que redundaría en la temida competencia legislativa entre Ordenamientos jurídicos nacionales o el *forum shopping*<sup>368</sup> de la SE en función de su domicilio social. Ejemplos de esta remisión especial los encontramos en la determinación del domicilio social (Art. 7 RESE “... Además, los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar”), en la protección de los intereses de los accionistas minoritarios en los casos de transferencia intracomunitaria de la sede social de la SE (Art. 8.5 del RESE) y en el hipotético caso de que el legislador estatal no hiciera uso de esta posibilidad de regulación específica, la lógica nos hace pensar, no que esta materia queda desregularizada, sino que se regula por la normativa interna sobre sociedades anónimas.

b) En ausencia de una remisión específica, para los aspectos societarios no cubiertos se aplica la cláusula de remisión general contenida en el Art. 9.1.c) RESE, ajustada a una concreta jerarquía normativa referida en primer lugar a las disposiciones legales adoptadas por los Estados miembros para la SE siempre que

---

<sup>366</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento de la de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *GJUE* 2002, núm.217, pp.7-38.

<sup>367</sup> Vid. MAGNIER, V., “La société européenne en question », *Rev. Crit. DIP*, 2003, pág. 570.

<sup>368</sup> Vid. PALAO MORENO, G., *El traslado del ....*, op. cit., pág.93; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad...”, op.cit., pág.37.

sean conformes con las Directivas societarias, en su defecto, por las disposiciones nacionales aplicables a las Sociedades Anónimas donde la SE tenga su domicilio social y por último, por las disposiciones de los estatutos sociales en las mismas condiciones que las exigidas al resto de Sociedades Anónimas donde la SE tenga su domicilio social.

Las materias “no cubiertas” por el RESE y de naturaleza extrasocietaria, quedan sometidas al concreto sistema de fuentes del Ordenamiento del Estado miembro donde la SE tenga establecido su domicilio social, en las mismas condiciones que el resto de las SA nacionales; se trata de una remisión al total Ordenamiento jurídico de los Estados miembros y supone la aplicación sistemática del sistema de fuentes de los Ordenamientos nacionales en los que están integrados el acervo comunitario. En esta situación se encuentra, el Derecho fiscal, de la Competencia, el Derecho de la propiedad intelectual y el Derecho Concursal (considerando 20 RESE); el régimen jurídico de las Ofertas Públicas de títulos y las transacciones de los títulos para obtener fondos, de conformidad (considerando 12 RESE); el régimen sancionador (considerando 18 RESE); cuentas anuales y consolidadas, cuya remisión a la legislación nacional consta en el artículo 61 RESE; el régimen jurídico de sectores especiales, como el de las entidades financieras (Art.9 RESE apartado 3 y considerando 26 RESE); el régimen jurídico de los grupos de sociedades (considerando 15, 16 y 17 RESE<sup>369</sup>) y por último, como materia no cubierta en su consideración como materia

---

<sup>369</sup> El considerando 15: “ Los derechos y las obligaciones relativos a la protección de los accionistas minoritarios y de terceros que incumben a una empresa por el hecho de ejercer un control sobre otra empresa sometida a una legislación diferente están regulados, en virtud de las normas y los principios generales del Derecho internacional privado, por el ordenamiento jurídico al que esté sometida la empresa controlada, sin perjuicio de las obligaciones a las que esté sometida la empresa que ejerza el control en virtud de las disposiciones del ordenamiento jurídico que le sea aplicable, por ejemplo en materia de establecimiento de las cuentas consolidadas”; o el Considerando 16: “En la actualidad y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de una coordinación posterior de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, no es necesaria una normativa específica para las SE en este campo. Por consiguiente, conviene limitarse a la aplicación de esas normas y principios generales tanto en el caso de que la SE ejerza el control como en el caso de que la SE sea la sociedad controlada”, y por último el considerando 17, que establece: “Hay que precisar el régimen aplicable en el caso de que la SE esté controlada por otra empresa y hay que remitirse, a tal fin, al ordenamiento jurídico aplicable a las sociedades anónimas sometidas a la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE”

extrasocietaria, se encuentra la materia laboral y social en todos aquellos aspectos que no estén expresamente contemplados por la Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la SE<sup>370</sup>.

#### **D. El sistema de fuentes del RESE como solución política pero no una solución jurídica.**

El complejo sistema de fuentes del RESE es una solución atípica<sup>371</sup> consecuencia de las circunstancias sociales, políticas y económicas de la fecha de promulgación. Desde el punto de vista jurídico, la SE es un instrumento normativo híbrido comunitario-nacional cuya aplicación práctica se convierte en un auténtico “*laberinto legal*”<sup>372</sup> sin que podamos hablar de una auténtica *Societas Europaeae* unitaria, sino de quince o veintisiete distintas SE con un tronco normativo común, completado por extensas parcelas de regulación sometidas a una pluralidad de legislaciones específicas según el país en el que radique su domicilio social.

Desde la perspectiva de la técnica jurídica empleada, destaca la “atípica” utilización de los actos normativos comunitarios reguladores de la SE. Si bien el reglamento comunitario es el instrumento jurídico más acabado por su alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro<sup>373</sup>, éstas cualidades no son predicables del RESE por las

---

<sup>370</sup> Cfr. Considerando 21 RESE: “La Directiva 2001/86/CE está destinada a garantizar que los trabajadores tengan el derecho de implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten la vida de sus SE. Otras cuestiones objeto de la legislación social y laboral, en particular derechos de los trabajadores a la información y consulta como se regula en los Estados miembros, se rigen por las disposiciones nacionales aplicables, en las mismas condiciones, a las sociedades anónimas”.

<sup>371</sup> Vid. MARTÍNEZ – ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La sociedad europea: Antecedentes...”, ob. cit., pág. 177.

<sup>372</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El reglamento de la SE...”, ob. cit., pág. 44.

<sup>373</sup> Cfr. Artículo 249 TCE “... El Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. ....”. Vid. MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pág. 362; LOUIS, J.V., “Le reglement, source directe d’unification des législations” en AAVV., préface MICHEL WAELBROECK, *Les instruments du rapprochement des législations dans la communauté économique européenne*, Editions de l’université de Bruxelles, 1976, págs.

siguientes razones: régimen jurídico incompleto del RESE e indisociable de la DITSE, provisionalidad de sus disposiciones sometidas a la cláusula de revisión del Art. 69 RESE<sup>374</sup>; remisión del Art. 68.1 RESE a las disposiciones de los Estados miembros; peculiar sistema de fuentes del Art. 9 RESE con remisiones continuas a otras fuentes normativas ya sean comunitarias, nacionales o autorregulación, en la práctica totalidad de las disposiciones del Reglamento. El RESE produce los mismos efectos que una Directiva armonizadora<sup>375</sup> al no regular completamente el régimen jurídico de la SE y dejar en el ámbito competencial de los Estados miembros partes importantes del contenido tipificador del tipo societario.

Por otro lado, la DITSE por su estructura, función y el efecto útil y necesario otorgado por el RESE, adquiere las cualidades normativas de un Reglamento comunitario<sup>376</sup> al limitar el margen de su aplicación por parte de los Estados miembros de tal manera que la necesidad de una norma nacional para su transposición al Derecho nacional es meramente formal. La regulación de la DITSE es tan detallada y precisa que deja poco resquicios para la actuación por parte de los Estados miembros, comportándose en este sentido, más como un Reglamento con eficacia directa (horizontal y vertical) que como la Directiva que realmente es.

El complejo sistema de fuentes diseñado por el RESE no es una solución jurídica adecuada para un tipo societario supranacional como la SE al servicio de la reestructuración y cooperación empresarial intracomunitaria. La asistemática diferenciación de subsistemas de fuentes por razón de la materia (reguladas, no reguladas, reguladas parcialmente y no cubiertas) unido a la remisión continua a otras fuentes normativas comunitarias, nacionales y autonomía estatutaria están

---

15 y ss ; BORCHADT, KLAUS- DIETER, «El ABC del Derecho Comunitario », en la serie de Documentación Europea, División de Publicaciones de la Comisión Europea, Luxemburgo, 2000, págs. 64 y ss.

<sup>374</sup> Vid. Artículo 69 RESE: “A más tardar cinco años después de la entrada en vigor del presente Reglamento, la Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación del presente Reglamento, junto con propuestas de modificación, si procede...”

<sup>375</sup> Vid. VICIANO PASTOR, J., “La Sociedad Anónima Europea ...”, ob. cit., pág.45.

<sup>376</sup> Vid. CASAS BAAMONDE, M.E., “La implicación de los trabajadores.....”, ob. cit., pág. 1014; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento ....”, ob. cit, pág. 38. En realidad nos encontramos ante un intercambio funcional de “papeles” entre el Reglamento y la Directiva y cada uno opera como si fuera el otro.

llamados a generar lagunas legales para las cuales el RESE no prevé un sistema de integración, interpretación y aplicación del Reglamento. La supresión en el RESE de “los principios generales” contenida en Proyectos anteriores (1970, 1975 y 1989), hace suponer que el legislador comunitario elimina deliberadamente este mecanismo de interpretación para limitarse a los criterios de interpretación literal de la norma, interpretación sistemática y finalista, incluso la interpretación histórica, donde el recurso al procedimiento de la analogía<sup>377</sup> de “*legis*” o de “*iuris*” puede colmar las insuficiencias del déficit legislativo del RESE o de los Derechos nacionales de cada uno de los Estados miembros, en función del concreto ámbito material y subsistema de fuentes en el que se halla generado la laguna normativa.

#### V. RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRASLADO INTRACOMUNITARIO DEL DOMICILIO SOCIAL DE LA SE.

El traslado del domicilio social de la SE de un Estado miembro a otro se considera uno de los auténticos pilares<sup>378</sup> del RESE, llamado a ser uno de los elementos de mayor atractivo para los empresarios a la hora de adoptar esta forma societaria. La movilidad de las empresas-SE en el seno del Mercado interior facilita la reorganización de la actividad empresarial a escala comunitaria<sup>379</sup> y resuelve en parte, el clásico tema de Derecho Internacional Privado sobre la “deslocalización” societaria y sus consecuencias adversas tanto económicas para los Estados que pierden “sus” factores de producción, como legales con el “*efecto Delaware*”, “*race to the bottom*” o competencia legislativa.

La localización societaria o domicilio societario (conceptualmente se distingue entre domicilio civil, mercantil, administrativo /local, fiscal, o incluso de

---

<sup>377</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, S., *El proceso de constitución de una Sociedad Europea Holding*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, págs.71-86; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de ...”, ob. cit., págs. 35-39.

<sup>378</sup> En este sentido, vid. PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio social...*, ob.cit., págs. 36 y ss; VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Domicilio (traslado al extranjero)”, AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de ...*, ob.cit., pág. 548.

<sup>379</sup> Vid. MAGNIER, V., “La société européenne en question », Rev. Crit, DIP, 2003, pág. 57.

un domicilio internacional<sup>380</sup>) está directamente relacionada con la nacionalidad de la personas jurídicas, el reconocimiento de la personalidad jurídica societaria y *lex societatis*, cuestiones a las que se da un tratamiento específico en los supuestos de traslado del domicilio social de la SE de un Estado miembro a otro, o movilidad intracomunitaria de la SE (Art. 8 RESE).

El punto de partida del régimen jurídico del traslado del domicilio social de la SE está contenido en el Art. 8.1 RESE “*Se podrá trasladar el domicilio social de la SE a otro Estado miembro con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 a 13. Dicho traslado no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica*”, y sus principios informadores específicos: en primer lugar, la *teoría de la sede real*” (considerando 27) como consecuencia del carácter específico y comunitario de la SE; en segundo lugar, las disposiciones del RESE no prejuzgan las disposiciones que se pudieran incluir en el Convenio de Bruselas de 1968 (considerando 25); y en tercer lugar, la necesaria protección de los intereses de accionistas, acreedores y titulares de otros derechos para garantizar sus derechos adquiridos antes del traslado (considerando 24).

Las implicaciones jurídicas de la movilidad intracomunitaria prevista por el RESE, se pueden resumir en cuatro ámbitos -sin perjuicio del riesgo asumido desde el punto de vista técnico con esta simplificación-, relacionados con: el derecho de establecimiento comunitario, la nacionalidad y domicilio social de la SE, los aspectos conflictuales de la operación societaria de traslado del domicilio social y el ámbito material-formal del procedimiento de traslado intracomunitario de la SE.

#### **A. Movilidad intracomunitaria de la SE y derecho de establecimiento: Propuesta de Decimocuarta Directiva de sociedades.**

Desde la perspectiva del Derecho comunitario, la sede natural de la movilidad transfronteriza intracomunitaria de las sociedades se sitúa en las

---

<sup>380</sup> Vid. GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades...*, ob. cit., pág. 317; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio...”, ob. cit., pág. 124;

disposiciones relativas al derecho de establecimiento y libre circulación de sociedades (Arts. 43 a 48 del TCE<sup>381</sup>).

La Propuesta de Decimocuarta Directiva de Sociedades<sup>382</sup> de 1997, relativa al traslado de la sede de las sociedades de un Estado miembro a otro con cambio de la legislación, pretendía un marco normativo armonizado que permitiera a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encontrara dentro de la Comunidad, equipararse a la movilidad reconocida por el Tratado a las personas físicas nacionales en el ejercicio del derecho de

---

<sup>381</sup> Nos remitimos a lo ya tratado sobre esta cuestión en capítulos anteriores relativo a la “la libertad de establecimiento de las sociedades”, bastando recordar en este punto las posiciones jurisprudenciales de los últimos años en materia de libertad de establecimiento que ha evolucionado desde la clásica Sentencia Daily Mail and General Trust hacia posiciones más “comunitarizadas”, amparadas en la idea de que “la formación y el funcionamiento de las sociedades no se determina de forma exclusiva por las diversas normativas nacionales de los Estados miembros”. El Abogado general M. Poiares Maduro en sus conclusiones presentadas el 22 de mayo de 2008, en el asunto Cartesio - C-210/06, apartado 35, expresamente señala que “Los artículos 43 y 48 TCE se oponen a una normativa nacional que imposibilita que una sociedad constituida con arreglo a su Derecho nacional traslade su domicilio a otro Estado miembro”, tan solo son admisibles las limitaciones a la libertad de establecimiento establecidas por una legislación nacional, cuando estén amparadas por cuestiones de interés general público, como prevención de las conductas fraudulentas o abusivas, o la protección de los intereses de los acreedores, accionistas minoritarios, empleados o autoridades fiscales, y solo en estos supuestos, es admisible que un Estado miembro establezca determinados requisitos – por analogía a lo establecido en el artículo 8 RESE- para que una sociedad constituida con arreglo a su propio Derecho de sociedades pueda trasladar su domicilio social al extranjero (cfr. apartados 32 y 33 de las conclusiones).

<sup>382</sup> Esta Propuesta de Decimocuarta Directiva de 1997 no llegó nunca a entrar en vigor, aunque desde la Comisión se relanzó una consulta pública sobre esta materia en 2002 y 2004 (resultados de la última consulta que pueden verse en: [http://www.europe.eu.int/comm/internal\\_market/internal\\_company/seat-transfer/2004-consult\\_en.htm](http://www.europe.eu.int/comm/internal_market/internal_company/seat-transfer/2004-consult_en.htm)).

PALAO MORENO, G., *El traslado del domicilio...*, ob. cit., pág. 210 considera necesaria la regulación vía Directiva comunitaria de esta materia, siendo insuficiente – entre otras consideraciones por la técnica legislativa utilizada - con la actual regulación sobre el traslado internacional del domicilio social del artículo 8 RESE previsto exclusivamente para este tipo societario, sin posibilidad de utilización por el resto de los tipos societarios (principalmente la SRL).

establecimiento. Tal equiparación encontraba las dificultades propias de los diferentes criterios de vinculación de las sociedades con los Ordenamientos jurídicos a los que estaban sujetas (*lex societatis* vinculada a la teoría de la sede o a la teoría de la constitución); además los Derechos nacionales no contaban con estructuras jurídicas que permitieran mantener la personalidad jurídica de las sociedades con motivo del traslado transfronterizo de la sede social dentro de la Comunidad. En la misma Propuesta de Directiva se hacía constar que, ésta no constituía obstáculo alguno a las negociaciones que se pudieran dar entre los Estados miembros sobre la base del Art. 220 TCE para el reconocimiento y mantenimiento de la personalidad jurídica en los supuestos de traslado de su sede de un país a otro (párrafo 7 del preámbulo de la Propuesta de la Decimocuarta Directiva).

La interacción entre la Propuesta Decimocuarta Directiva de sociedades y el RESE, calificada por la doctrina como “bidireccional”<sup>383</sup>, pierde en la actualidad parte de su sentido. La Comisión Europea en 2007 inicia una nueva estrategia en la materia que supone el abandono de los trabajos de la Decimocuarta Directiva de sociedades por parte de la Secretaria del Mercado Interior<sup>384</sup>. La Comisión justifica esta decisión por la evidente infrutilización de esta técnica, y porque a nivel comunitario se dispone ya de instrumentos legislativos que permiten este tipo de operaciones, como la Décima Directiva sobre la fusión transfronteriza de sociedades, el procedimiento previsto por el Art. 8 RESE y el Reglamento sobre la Cooperativa Europea, a los que se añade el avance en los trabajos sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE)<sup>385</sup>. Las implicaciones de la

---

<sup>383</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento....”, ob. cit., pág. 21; PALAO MORENO, G., *Traslado del domicilio social ...*, ob. cit., págs. 61 y ss.

El PRESE de 1991, en su versión revisada, el Art.5 regula el domicilio social sobre el principio de la sede real, además de establecer una regulación mínima para los supuestos de traslado del domicilio social a otro Estado miembro; por el contrario, los 16 artículos de la Propuesta de Decimocuarta Directiva de sociedades de 1997 guardan un gran paralelismo tanto material como formal con los 16 apartados del Art. 8 RESE.

<sup>384</sup> Vid. *Estudio sobre el impacto del proyecto de 14ª Directiva*, publicado el 12 de diciembre de 2007, SEC (2007) 1707, disponible en: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/seat-transfer/index\\_en](http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/index_en).

<sup>385</sup> Última versión, COM (2008) 396/3 que puede verse en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/epc/proposal\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_en.pdf).



consolidada ya jurisprudencia del TJCE en materia de libertad de establecimiento (Überseering, Centros, Inspire Art Ltd y presumiblemente Cartesio), garantizan además el efecto directo de los Arts. 49-55 TFUE (derecho de establecimiento principal o secundario) y los equipara al resto de las libertades comunitarias, obviando la técnica de Directivas armonizadoras de las legislaciones nacionales; no obstante, se reconoce el necesario cambio que debe operar tanto en los textos comunitarios como en los nacionales del criterio de la sede real o efectiva a favor de la teoría de la constitución o incorporación<sup>386</sup>.

El principal escollo a cualquier movilidad intracomunitaria de las sedes sociales, lo protagonizan las legislaciones nacionales sujetas a la teoría de la sede real o efectiva, y en este sentido los cambios empiezan a operar paulatinamente en estos Ordenamientos como el caso español, a la vista de la Ley 3/2009, de 3 abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en concreto el Art. 94. 1 *“El traslado al territorio español del domicilio de una sociedad constituida conforme a la ley de otro Estado parte del Espacio Económico Europeo no afectará a la personalidad jurídica de la sociedad. No obstante, deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente, salvo que disponga otra cosa los Tratados o Convenios Internacionales vigentes en España”*. Esta nueva formulación unida a la prevista en el Art. 93.1 LME, para los supuestos de traslado de una sociedad española al extranjero, supone el reconocimiento mutuo de la personalidad jurídica de las sociedades constituídas conforme a su ley personal (teoría de la constitución) sin perjuicio de los requisitos adicionales de constitución exigibles en función del tipo social que ostente las sociedades extranjeras trasladadas a España. Sin duda, esta matización *“deberá cumplir con lo exigido por la ley española para la constitución de la sociedad cuyo tipo ostente”*, es una formulación típica de la teoría de la sede real y las consecuencias jurídicas serán diferentes en función del tipo social (capital social mínimo, domicilio, escritura de constitución, estatutos, garantías de los socios y terceros, inscripción registral, sector de actividad, etc.). En suma, nuestro Ordenamiento acoge la teoría de la constitución respecto del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad extranjera en los supuestos de movilidad intracomunitaria societaria,

---

<sup>386</sup> Vid. LECOURT, B., *“Étude d’impact concernant le projet de 14<sup>a</sup> directive sur le transfert transcommunautaire de siège social (Impact assessment in the Directiva on the cross-border transfer of registered office)”*, *Rev. Sociétés*, núm. 1/2008, págs. 198-202.

pero ajustado a un procedimiento que garantice el cumplimiento de los requisitos de constitución conforme a la ley española.

### **B. “Nacionalidad” de la SE vinculada al expediente técnico del domicilio social y teoría de la sede real.**

La nacionalidad<sup>387</sup> y *lex societatis* en los países como España en los que rige la teoría de sede real o efectiva, se vincula con el expediente técnico del *domicilio legal*<sup>388</sup>. El Ordenamiento fija los criterios o elementos de conexión real para

---

<sup>387</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad de la SE. Traslado internacional del domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE”, AAVV. Dir. ESTEBAN VELASCO, G./ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad anónima...*, ob.cit., pág.123, Diferencia los planos conflictuales del *domicilio social* y la *nacionalidad* de las sociedades, de tal manera que, los Ordenamientos nacionales y el Derecho internacional de sociedades reconocen a los sujetos para la determinación del primero (domicilio) y la selección de la segunda (nacionalidad) normas conflictuales y criterios diferentes; en todo caso, el domicilio social es una cuestión que compete a la ley personal o *lex societatis* previamente seleccionada por la sociedad. El domicilio y la nacionalidad son atributos que funcionan en planos diferentes y perfectamente posible que para una misma sociedad la regla conflictual que determina la *lex societatis* siga un criterio distinto al empleado en la fijación del domicilio. Por ejemplo, el criterio de *sede real* para la determinación del *lex societatis* y libertad de fijación del domicilio dentro del territorio nacional en sede material. Esto es precisamente lo que permite el RESE. “El RESE es muy restrictivo en materia conflictual – la *lex societatis* se determina por la *sede real*-, pero es más generoso en el ámbito doméstico. Se tolera que los ordenamientos estatales permitan una cierta libertad para la fijación del domicilio en un lugar del territorio nacional que necesariamente no tiene que coincidir con el lugar donde esté radicada la *sede real*”..

<sup>388</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A, “Domicilio” y “Domicilio (traslado al extranjero)”, AAVV., Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de derecho ...*, ob. cit., págs. 545-555; Velasco San Pedro, L.A., “Nacionalidad”, AAVV., Dir. Alonso Ledesma, C., *Diccionario de ...*, ob. cit., págs. 794 – 796; OLIVENCIA RUIZ, M./NUÑEZ LOZANO, P. L, “Capital mínimo, nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima. Artículos 4 a 6 de la Ley de Sociedades Anónimas”, AAVV. Dir. URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Tomo III, Disposiciones generales de la Ley de Sociedades Anónimas, Vol. 1º A*), Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, pág. 442 - 458; Vid. FERREIRO LAPATZA, J. J., *La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pág.87; CRESPO MIEGIMOLLE, M., *Impuesto sobre Sociedades*, Cizur Menor, Thomson- Aranzadi, 2007, pág.167; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad...”, ob. cit., pág. 124.

materializar la naturaleza incorpórea de las sociedades (sede de dirección, sede de explotación<sup>389</sup>) en una localización efectiva, y evitar a la vez, los problemas que pudieran derivarse de la *deslocalización societaria -empresarial* al separar la sede empresarial de la sede social o estatutaria (domicilio social), motivado en ocasiones por la elusión de normas u obligaciones jurídicas (especialmente las tributarias en supuestos de fraude fiscal), o simplemente por la búsqueda de las legislaciones más laxas o permisivas (*efecto Delaware*).

---

La relevancia jurídica del domicilio para las personas físicas y jurídicas deriva de sus efectos en diversos planos que van desde la determinación del lugar del cumplimiento o exigencia de las obligaciones (civiles, administrativas, fiscales, etc.) hasta la determinación de la competencia judicial, sin olvidar la adquisición de la nacionalidad, la vecindad civil o incluso el ejercicio de determinados derechos políticos. El domicilio de las personas jurídicas, *“la orientación predominante en la doctrina del Derecho Civil es la proclive a considerar que la fijación del domicilio por acto propio no puede ser arbitraria, sino que se debe corresponderse con alguna conexión real, como lo exigen las normas particulares”*, en relación al Art. 41 CC que limita la autonomía de la voluntad para la determinación del domicilio de las personas jurídicas. La determinación o localización real del domicilio societario depende del domicilio legal fijado por cada una de las disciplinas en las que el domicilio pueda ser relevantes en relación con los efectos pretendidos; así por ejemplo, para la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre (Art. 48) *“el domicilio fiscal es el lugar de localización del obligado tributario...”* y para la personas jurídicas concreta será *“el domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios”*; la competencia internacional y territorial del juez de lo mercantil en el Art.10 de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, se determina en función del domicilio del deudor como *“centro de sus intereses principales”*, es decir, *“el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses”* y se establece la presunción para los supuestos de deudor persona jurídica que el *“centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social”*

<sup>389</sup> Vid. Art. 6 LSA *“la sociedad fijará su domicilio dentro del territorio español en el lugar en se halle el centro de efectiva administración y dirección, o en que radique su principal establecimiento o explotación”* y en los mismo términos el Art. 7.1 LSRL.

En Alemania, el Art. 5 *“Domicilio Social”* de la Ley de Sociedades por acciones (Aktiengesetz) de 6 de septiembre de 1965, establece que *“(1)El domicilio social será el lugar que venga determinado en los Estatutos. (2) En los estatutos se establecerá el domicilio social, por regla general, en el lugar donde la sociedad tenga un establecimiento comercial, o donde se encuentre la dirección o desde donde se lleve la administración”*.

VID. EMBID IRUJO, J.M., *“Estudio Preliminar a la traducción de las Leyes de Sociedades Anónimas de la República Federal de Alemania, Francia e Italia”*, *Documentación Jurídica*, núm. 55, pág. 623.

El RESE no contiene referencia alguna a la “nacionalidad”<sup>390</sup> y <sup>391</sup> de la SE, y ello no solo por razones de economía normativa conflictual, sino por coherencia con la política legislativa de un tipo societario “mixto” comunitario-nacional del que sería inapropiado hablar de “nacionalidad” europea en el estado actual del Derecho societario europeo. El domicilio de la SE se configura así, no solo como elemento identificativo de la personalidad jurídica de la SE, sino como expediente técnico conflictual utilizado por el RESE para definir la naturaleza jurídica del tipo societario.

En primer lugar, el domicilio determina el ámbito de aplicación espacial del RESE y las consecuencias de su propia existencia. La SE es un tipo societario diseñado para operar en el interior de la Unión Europea y no se concibe la constitución de una SE fuera del territorio de la Unión Europea (Art. 1 RESE “podrán constituirse sociedades en el territorio de la Comunidad en forma de sociedades anónimas europeas...”) y tampoco es posible que, “el resultado de transferir su sede a un Estado tercero (no comunitario) pueda conducir a que conserve dicha particular naturaleza<sup>392</sup>”, pues el Art.7 RESE establece que “El domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central”.

En segundo lugar, el domicilio social de la SE determina el régimen legal ordenador del tipo social<sup>393</sup> al ser el punto de conexión de su *lex societatis*. El complejo sistema de fuentes del Art. 9 RESE vincula la *lex societatis de la SE* con el Derecho europeo contenido en el propio Reglamento y con el Derecho nacional del Estado miembro donde la SE fije su domicilio social (disposiciones nacionales

---

<sup>390</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad ...”, ob.cit., pág. 129-133.

<sup>391</sup> Vid. VERDÚ CAÑETE, M. J., “Discordancia entre el domicilio y la administración central de la Sociedad Anónima Europea”, *RdS*, núm. 28, 2007-1, pág. 220, en nota 14, “... La nacionalidad de las personas jurídicas como punto de conexión ha sido calificado como inútil y perturbador. Se trata de un expediente técnico que sirve para identificar la *lex societatis*. Pero la nacionalidad no es un criterio autosuficiente sino que necesita de la referencia a otro punto de conexión...”.

<sup>392</sup> Vid. PALAO MORENO, G., “El domicilio social de la Sociedad Anónima Europea y su traslado”, AAVV. Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima...*, ob.cit., pág. 69.

<sup>393</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, en *GJUE*, 2002, núm. 217, pág. 16; PALAO MORENO, G., ob. cit. “El domicilio social ....”, pág. 69.

específicas para la SE, en segundo lugar por la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas y en tercer lugar por la autonomía de la voluntad contenida en los Estatutos sociales). Es este peculiar régimen jurídico mixto el que permite hablar de una “Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, o domiciliada en Francia, o domiciliada en Alemania, etc.”, sustituyendo la nacionalidad como punto de conexión por el domicilio en un Estado miembro u otro.

En tercer lugar, el domicilio de la SE está vinculado al régimen de la sede real<sup>394</sup> (Art. 7 RESE y considerando 27 RESE). El dato formal del domicilio social debe guardar concordancia con el dato real que se considere exponente del funcionamiento de la sociedad, en este caso, el criterio adoptado es la localización de “*la administración central*” de la sociedad. A la vista de los criterios de interpretación e integración del concepto de “*administración central*” realizados por la doctrina y por la jurisprudencia europea es un concepto comunitario<sup>395</sup>

---

<sup>394</sup> Este mismo criterio es el seguido en el Reglamento (CEE) 2137/85 de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de interés económico (AEIE) - Art. 12: “*La sede mencionada en el contrato de agrupación deberá estar situada en la Comunidad. Esta sede deberá fijarse: a) bien en el lugar en que la administración tiene su administración central; b) bien en el lugar en que uno de los miembros de la agrupación tiene su administración central o, cuando se trata de una persona física, su actividad principal, siempre que agrupación tenga ahí una actividad real*”; y en el Reglamento (CE) 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003 referente al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (Art. 6) en los mismos términos que para la SE. Por el contrario, en la Propuesta de Decimocuarta Directiva (y en contra del criterio general), versión recogida en *RdS*, núm.9 en la sección de documentos, y siguiendo lo establecido en el artículo 2 en relación con el artículo 3, se muestra respetuosa tanto con la teoría de la sede como la teoría de la constitución. En el Art. 2, se habla tanto de la sede social: como el lugar en el que esté registrada la sociedad; como la sede real: como el lugar en el que tenga su administración central y esté registrada una sociedad, y en ambos supuestos está contemplada la posibilidad de traslado de la sede de un Estado miembro a otro.

<sup>395</sup> Dependiendo de la materia y el tipo de normas, el legislador comunitario para referirse a la sede real utiliza diferente terminología, como centro de principales intereses, centro de negocios, administración central, ....; la referencia “al centro de principales intereses” es el empleado por el legislador comunitario en el Reglamento (CE) 1346/2000, del Consejo de 29 de mayo de 2000, sobre procedimiento de insolvencia (artículo 3.1). El TJCE se ha referido al *centro de los intereses principales del deudor*, en dos resoluciones: la Sentencia de 17 de enero de 2006 (asunto C -1/04 –caso Staubitz-Schreiber), al interpretar el Art.3.1 se pronuncia en los siguientes términos: “*el Tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el centro de los intereses principales del deudor en el momento en que éste presenta la solicitud de apertura de procedimiento de insolvencia sigue siendo competente para*

referido al lugar donde efectivamente se dirige la SE, el lugar en el que están localizados los órganos de gobierno de la sociedad y desde donde se establecen sus políticas económicas y objetivos empresariales<sup>396</sup>. No obstante, la utilización de estos conceptos abiertos y flexibles, no sujetos a identificadores jurídicos precisos, puede entorpecer la labor de fijación del lugar exacto del centro de administración central o dirección (localizable en diferentes lugares en los que se realicen actividades de gobierno y dirección ya sea financiera, comercial, corporativa, etc.), por otro lado, su flexibilidad permite una fácil asimilación por parte de los diferentes Ordenamientos nacionales<sup>397</sup>. En los supuestos de SE

---

*incoar dicho procedimiento cuando el deudor traslade el centro de sus intereses principales al territorio de otro Estado miembro después de haber presentado tal solicitud, pero antes de la apertura del procedimiento”; en la Sentencia del TJCE de 2 de mayo de 2006 (asunto C-34 1/04- caso Eurofood-) se afronta con mayor precisión la delimitación del centro de los intereses principales del deudor, que “tiene un significado autónomo y debe interpretarse, en consecuencia, de manera uniforme y con independencia de las legislaciones nacionales”, para el Tribunal, “el centro de intereses principales debe identificarse con arreglo a los criterios objetivos que, al mismo tiempo, puedan ser comprobados por terceros”, porque ello constituye el presupuesto de la salvaguardia de la seguridad jurídica, para continuar en relación al supuesto concreto sometido a consideración, que la presunción legal del domicilio social como centro de los intereses principales del deudor, “por el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro” no basta para desvirtuar tal presunción, que “solo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social”.*

<sup>396</sup> Vid. VERDÚ CAÑETE, M. J “Discordancia...”, . ob. cit., pág. ; PALAO MORENO, G., “El domicilio social...”, ob. cit., pág. 73; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad...”, ob. cit., págs. 125-128

<sup>397</sup> En la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, elaborada desde la Comisión General de Codificación –Sección de Derecho Mercantil- de 16 de mayo de 2002 y publicada por la Secretaría general técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, el Art. 54.1 en relación al domicilio de las sociedades y siguiendo la tradición de la sede real, y con una marcada influencia comunitaria establece: “La sociedad mercantil fijará su domicilio dentro del territorio español, en el lugar en el que se halle su administración central”; el Art. 52.2 del mismo texto en relación a la nacionalidad establece, que “las sociedades mercantiles cuyo centro efectivo de administración radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España”.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las sociedades mercantiles constituidas conforme a la Ley de un Estado miembro en la Unión Europea que tengan su domicilio dentro del territorio de la propia Unión Europea”.

domiciliadas en España, el Art. 312 LSA establece que “La sociedad anónima europea deberá fijar su domicilio en España cuando su administración central se halle dentro del territorio español”.

Por último, el criterio de la sede real de la SE no es absoluto y queda sujeto a la cláusula de revisión prevista en el Art. 69 RESE apartado a) “... En particular, el informe analizará la conveniencia de: a) permitir la radicación de la administración central y el domicilio social de una SE en diferentes Estados miembro”. Previsiblemente se hará uso de esta cláusula adaptando la SE a las nuevas tendencias jurisprudenciales del Derecho de sociedades europeo favorables a la teoría de la constitución.

*a) Garantías del RESE para la efectividad de la sede real de la SE.*

La tutela del criterio de la sede real de la SE se encomienda a los Estados miembros conforme al Art. 64.1 RESE. Este artículo situado en el Título V relativo a la disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos aproxima el incumplimiento de la obligación del Art.7 a una causa legal de disolución de la SE.

La concordancia entre el domicilio social y la administración central de la SE o sede real, queda garantizada cuando el Estado miembro donde la SE tenga el domicilio estatutario obliga a normalizar las situaciones irregulares<sup>398</sup> de la SE en un plazo determinado mediante dos mecanismos:

*a) bien implantando su administración central en el Estado miembro del domicilio,*

o

---

La redacción de este último inciso se ha visto por FERNÁNDEZ DEL POZO, L., ob. cit. pág. 148, como una “auténtica concesión a la doctrina Centros del TJCE”, esto a la doctrina de la incorporación o sede estatutaria en el ejercicio de la libertad de establecimiento.

<sup>398</sup> Situaciones de “irregularidad” jurídico societaria del modelo de la sede real son: las “pseudo-foreign corporation” (desde la perspectiva del Ordenamiento en cuyo territorio esté situada la sede real pero no el domicilio social- no prevista regulación alguna en el RESE-) o sociedades “pseudo-nacionales” (desde la perspectiva del Ordenamiento en cuyo territorio esté situado el domicilio social pero no la sede real, situación de sociedad irregular prevista en el artículo 64 RESE) y la situación de SE que tiene la sede real fuera de la Unión Europea (situación irregular siempre desde el ordenamiento comunitario). Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio...”, ob. cit., págs. 149 - 157.

b) bien trasladando el domicilio social mediante el procedimiento previsto en el artículo 8 RESE.

La adopción voluntaria por la SE de una u otra solución va acompañada de diferencias notables no solo en el mayor o menor grado de complejidad técnica, sino también en las consecuencias jurídicas<sup>399</sup>, dado que, en los supuestos de implantación de la administración central en el Estado miembro del domicilio social, nos encontramos tan solo con un acto de naturaleza material, mientras que el procedimiento de traslado del domicilio social de conformidad con el artículo 8 RESE supone un cambio en la *lex societatis* de la SE.

En el supuesto de no regularización de la situación en el plazo establecido, el Estado miembro del domicilio social de la SE es el encargado de adoptar las medidas necesarias para garantizar que se proceda a la liquidación de la SE (Art. 64. 2 RESE). Para facilitar esta labor de garante del cumplimiento del criterio de la sede real por el Estado miembro en el que se encuentre el domicilio social, el apartado 4 del mismo Art. 64 RESE establece el deber de información de la irregularidad por parte de las autoridades del Estado miembro donde la SE tenga su administración central al Estado miembro del domicilio social de la SE. En cualquier caso (Art. 64.3 RESE), los Estados miembros pueden prever los recursos jurisdiccionales contra las sociedades domiciliadas en su territorio y que posean la administración central en otro Estado miembro por violación de lo exigido en el Art. 7 RESE. La utilización del recurso jurisdiccional supone la suspensión de cualquiera de los procedimientos previstos en los apartados anteriores, bien sean el traslado de las sedes (real o social) o la disolución –liquidación de la SE.

En nuestro Ordenamiento las medidas adoptadas para el cumplimiento de las previsiones del Art.64 RESE están reguladas en el Art. 313 LSA al establecer el plazo de un año para que la SE domiciliada en España y con sede real en otro Estado miembro regularice su situación, bien trasladando la administración central a España, o trasladando la sede social a otro Estado miembro. Nuestro Ordenamiento no ha hecho uso de la posibilidad de recurso jurisdiccional previsto (Art.64.3 RESE), pero si ha previsto la disolución de la sociedad para los supuestos de transcurso de más de un año sin que la SE haya regularizado su situación, remitiéndose para ello, a lo establecido en el capítulo IX de la LSA (Cfr.

---

<sup>399</sup> Vid. PALAO MORENO, G., “El domicilio...”, ob. cit., pág. 75.



Art. 63 RESE). La disolución de la Sociedad fundada en la discordancia entre el domicilio social y la administración central de la SE no es una causa de disolución *ipso iure*<sup>400</sup>, siendo preceptiva la convocatoria de la Junta General y adopción del acuerdo de disolución. La convocatoria se realiza por los administradores dentro del plazo de dos meses desde que tengan conocimiento de la causa de disolución (Art.262 LSA).

### C. Aspectos conflictuales de la movilidad intracomunitaria de la SE: *lex societatis mixta* de la SE y personalidad jurídica comunitaria única.

La movilidad intracomunitaria del domicilio social de la SE se realiza sin disolución de la SE ni creación de una nueva personalidad jurídica, sólo se produce el cambio de *lex societatis* a la del Estado miembro del nuevo domicilio social.

La novedad del régimen jurídico reside precisamente en que “*dicho traslado no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica*” (Art.8.1 RESE<sup>401</sup>); se evita así una de las cuestiones que más inconvenientes y costes económicos suscitaba: la necesidad de disolver la sociedad en el país de origen para constituir una nueva sociedad en el país de destino. Este régimen jurídico implica que el nuevo Estado miembro de destino reconozca implícitamente la personalidad jurídica de la SE trasladada, al margen del Convenio de Bruselas de 1968, o cualquier otro texto adoptado por los EEMM o el Consejo en sustitución de dicho Convenio (considerando 25 del RESE).

La SE formalmente constituida adquiere *de facto* una “*personalidad jurídica comunitaria única*” en todo el territorio de la Unión Europea independientemente

---

<sup>400</sup> Causas de disolución en las concurren las circunstancias de ser un hecho cierto, previsto y determinado, sin que sea necesaria una constatación de la misma. Vid. VERDÚ CAÑETE, M. J., “Discordancia...”, ob. cit, págs. 223 y ss.

<sup>401</sup> La propuesta de Decimocuarta Directiva de Sociedades se pronunciaba en el mismo sentido en su artículo 3, aunque con mayor precisión “*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que la sede social o real de una sociedad pueda ser trasladada a otro Estado miembro. Dicho traslado no dará lugar ni a una disolución ni a la creación de una nueva persona jurídica, pero supondrá un cambio en el ordenamiento jurídico aplicable a la sociedad afectada a partir del día de su inscripción en el registro de la nueva sede de conformidad con lo previsto en el artículo 10*”.

del Estado miembro donde esté formalmente inscrita, lo que favorece su movilidad intracomunitaria ajustado al procedimiento legalmente previsto en el RESE. La personalidad jurídica comunitaria única también está amparada por la libertad de establecimiento comunitaria y la jurisprudencia del TJCE a favor del reconocimiento recíproco de la personalidad jurídica societaria (*Gründungstheorie*). La naturaleza jurídica mixta (comunitario-nacional) del tipo SE se traduce en una *lex societatis* también “híbrida” comunitario-nacional adaptada al Estado miembro donde localice su sede real (SE domiciliada en España, en Francia, etc.), que si bien no afecta a la personalidad jurídica “comunitaria única” de la SE trasladada, si tiene consecuencias en el régimen jurídico societario que deba aplicarse.

**D. Aspectos materiales de la movilidad intracomunitaria de la SE: ¿un traslado internacional del domicilio social con transformación *sui generis*?**

El ámbito material del régimen jurídico del traslado intracomunitario de la SE reúne las características de un proceso multifásico y complejo (Art. 8. 2-13 RESE) que tiene como resultado el cambio de la *lex societatis* de la SE trasladada, adaptándose al régimen jurídico previsto para la SE en el Estado de destino.

El traslado intracomunitario de la SE implica una modificación *sustancial*<sup>402</sup> del régimen de organización interna de la SE como consecuencia de la nueva *lex societatis* del Estado de destino. Las consecuencias jurídicas derivadas de la movilidad intracomunitaria de la SE no se limitan a una mera modificación estatutaria<sup>403</sup> de la cláusula del domicilio social de la SE; se trata, desde el punto de vista contractual, de una verdadera novación del régimen jurídico societario pretendido inicialmente para la SE que se transforma de un tipo europeo domiciliado en un Estado (por ejemplo, España) a un tipo europeo domiciliado en otro Estado miembro diferente (Francia). Trasladar el domicilio de una SE de un Estado miembro a otro implica transformar una SE “subtipo” española a una SE “subtipo” francés.

---

<sup>402</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., *Curso de ...*, Vol.II, ob.cit., pág. 625;

<sup>403</sup> Vid. TAPIA HERMIDA, A., “Estatutos (modificación)”, AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de ...*, ob.cit., págs. 582-586.

La SE, como instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial intracomunitaria, cuenta en su proceso fundacional con una serie de mecanismos jurídicos (intervención de la junta general, derecho de separación y oposición, sistemas de implicación de trabajadores...) que garantizan la protección de los intereses de los socios, acreedores y trabajadores de las empresas promotoras. La empresa-SE en funcionamiento a nivel interno, cuenta también con instrumentos jurídicos para la reorganización y movilización estratégica de sus factores de producción y/o adaptación a los cambios del mercado; técnicamente son modificaciones sociales<sup>404</sup> en sentido amplio, que dependiendo de su grado de transcendencia societaria pueden afectar al negocio fundacional "o contrato incompleto"<sup>405</sup> de SE y por tanto, vinculadas por los mismos principios y garantías previstos para la constitución de la SE.

En este sentido, la movilidad intracomunitaria de la SE o traslado del domicilio social de un Estado miembro a otro, desde la perspectiva económica, es una reorganización estratégica empresarial de carácter interno, regulada expresamente y de forma autónoma por el RESE. No obstante, desde el punto de vista formal y atendiendo a sus relevantes consecuencias en su régimen jurídico, el *traslado intracomunitario de la SE* se puede asimilar a una modificación societaria de carácter estructural por transformación<sup>406</sup> y de carácter *sui generis*, ya que no obra un auténtico cambio del tipo societario - que sigue siendo una SE- pero sí se modifica el régimen jurídico societario de la SE trasladada. Equiparar la movilidad intracomunitaria de la SE a una modificación estructural, aunque arriesgado, puede ser avalado por nuestro Derecho positivo al incluir el régimen jurídico "del traslado internacional del domicilio social" en el Título V de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades

---

<sup>404</sup> Concepto amplio de modificaciones sociales que abarca los "*numerus apertus*" de modificaciones estatutarias, los "*numerus clausus*" de modificaciones estructurales y las operaciones de disolución, liquidación y extinción societaria. Vid. VICENT CHULIÀ, F., *Introducción al ...*, ob. cit., págs. 483-486.

<sup>405</sup> Terminología utilizada por el Análisis Económico del Derecho. Vid. VICENT CHULIÀ, F., *Introducción ...*, ob.cit., págs. 483.

<sup>406</sup> El Art. 3 LME Concepto: "*En virtud de la transformación una sociedad adopta un tipo social distinto, coservando la personalidad jurídica*".

mercantiles<sup>407</sup>. En segundo lugar, se asimila la movilidad intracomunitaria de la SE a una *transformación sui generis* por el resultado alcanzado al quedar sometida la SE trasladada al nuevo régimen jurídico del Estado miembro del nuevo domicilio.

Desde un punto de vista formal, los procedimientos de traslado internacional del domicilio social (Arts. 92-103 LME), transformación (Arts. 3-21 LME) y traslado del domicilio social de la SE de un Estado miembro a otro (Art. 8 RESE) son operaciones societarias sometidas a los mismos principios informadores que garantizan la voluntad social, mediante la atribución de la competencia exclusivamente a la Junta de socios, la concurrencia de interés suficiente (mayorías) y la protección de accionistas, acreedores y trabajadores, pero a la vez, son operaciones diferenciadas entre sí técnicamente y funcionalmente, regulados por normas específicas.

El régimen legal especial de la movilidad intracomunitaria de la SE puede calificarse, en este sentido, de “mixto” pues comparte con el traslado internacional del domicilio social, aspectos formales de la protección debida a los acreedores (derecho de oposición) y trabajadores, pero también aspectos específicos de la transformación, como la adaptación de los estatutos y escritura al tipo societario elegido y el régimen de responsabilidad de la sociedad tras la inscripción. Por otro lado, las limitaciones a la movilidad intracomunitaria de la SE por razones de interés público, no están contempladas en ningún supuesto en nuestra legislación nacional. Con este somero análisis, se pretende determinar por analogía el régimen legal nacional con el que mayores vínculos presenta la movilidad intracomunitaria de la SE para cubrir las posibles lagunas de su régimen específico, para concluir que si bien, desde el punto estrictamente formal, las posibles lagunas en la movilidad intracomunitaria de la SE (en defecto de

---

<sup>407</sup> Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., “Comentario al proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: V. Traslado internacional del domicilio social”, *RdS*, núm.31, pág. 83.; El Art. 1 LME señala expresamente que: “*la presente Ley tiene por objeto la regulación de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, consistentes en la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social*”. En contra de la consideración del traslado del domicilio al extranjero como modificación estructural antes de la promulgación de la LME, Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La constitución ...”, ob. cit., pág. 411; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad ...”, ob. cit., pág. 197.

RESE y disposiciones específicas nacionales sobre la SE) aconsejarían acudir a las disposiciones relativas al régimen legal del traslado internacional del domicilio social (Arts. 95-103 LME), éste resulta insuficiente para una modificación estructural donde necesariamente va implícito un cambio del régimen jurídico societario de la SE trasladada más asimilable con los supuestos de transformación.

En definitiva, la movilidad intracomunitaria de la SE es un régimen jurídico especial del traslado internacional del domicilio social con transformación *sui generis* o modificación de *lex societatis*.

Por otro lado, el régimen especial previsto por el RESE para la transformación de Sociedades Anónimas en SE, prohíbe expresamente en el apartado 3 del Art. 37 RESE el traslado del domicilio social de la SE “con motivo de la transformación”, interpretado por la doctrina como la imposibilidad de recurrir al expediente del Art. 8 RESE mientras que la sociedad no esté constituida como SE y como garantía de la sede real del Art. 7 RESE. *No cabe la transformación de en SE de una sociedad anónima española en tanto “su administración central” no esté situada en territorio español. El previo o simultáneo traslado de la administración central (Art. 64.1RESE) constituirá, en su caso, la única forma de dar cumplimiento a la exigencia del Art. 7 RESE, pues en tanto no esté inscrita la nueva SE, no será posible acudir al expediente del traslado del domicilio social al Estado en que estaba situada aquella*<sup>408</sup>.

El traslado previsto por el RESE es exclusivamente intracomunitario, echando en falta una disposición para los supuestos de traslado del domicilio extracomunitario a un tercer Estado fuera de la de la Unión. Esta laguna por la remisión general del Art. 9 RESE, se colma con las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas del Estado miembro en el que la SE tenga establecido su domicilio inicial. En supuestos de SE domiciliada en España se aplica el régimen previsto en los Arts. 92 -103 LME.

Las fuentes del procedimiento de traslado intracomunitario de la SE están contendidas en las disposiciones del Art. 8 RESE, completadas con las disposiciones nacionales específicas para la SE y/o régimen general previsto para

---

<sup>408</sup> Vid. SÁNCHEZ RUS, H., “Constitución de la SE por transformación de SA”, AAVV. Dir. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La sociedad anónima europea* ..., ob. cit., pág. 489.

los supuestos de traslado internacional del domicilio social de la SA nacional o en su defecto por las normas que regulan el procedimiento de transformación.

### **E. Fases en el procedimiento de traslado del domicilio social de la SE.**

El complejo procedimiento de traslado previsto por el RESE reviste las características propias de una modificación estatutaria con la intervención necesaria del *órgano de representación del derecho de propiedad de los socios*<sup>409</sup> (junta general), mecanismos específicos para la protección de los intereses de los socios (derecho de separación), acreedores (derecho de oposición) y trabajadores (principio antes-después), supeditado a la publicidad formal y a las limitaciones nacionales impuestas por razones de interés público.

El Art. 8 RESE en sus apartados 2-16 regula un procedimiento multifásico<sup>410</sup> integrado por la fase de preparación (el proyecto de traslado), fase decisoria (acuerdo de la Junta General sobre el traslado) y fase de ejecución (inscripción definitiva en el nuevo Registro societario correspondiente al domicilio de la SE trasladada).

#### *a) Fase preparatoria: el proyecto de traslado.*

El traslado intracomunitario de una SE se inicia con el *proyecto de traslado* elaborado por el órgano de dirección o administración de la SE y sometido a la publicidad formal (Art.13 RESE) de la Directiva 68/151/CEE<sup>411</sup>, y sin perjuicio,

---

<sup>409</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., *Curso fundamental ...*, Vol. II, ob.cit., pág. 243.

<sup>410</sup> Son las mismas fases apreciables en sede de constitución de la SE. (vid. infra en la parte dedicada a las modalidades de constitución).

<sup>411</sup> En el supuesto de SE con domicilio de origen en España, la publicidad debe realizarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME). Cfr. para los actos publicables en el BORME, artículos 421.1 RRM, en relación con los supuestos de traslado del domicilio social artículo 388.1, 2º RRM.

Las recientes modificaciones de la Primera Directiva de Sociedades 68/151/CEE, (Directiva 2003/58/CE y Directiva 2006/99/CE, del Consejo de 20 de noviembre), permiten la incorporación y la utilización de los “medios electrónicos” y “el formato electrónico” en las respectivas tareas de inscripción y publicidad de los Registros de Sociedades (Art. 3.8 Directiva define “medios electrónicos”, como “información se envía desde la fuente y se recibe en su destino mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios

según establece el apartado 2 del Art. 8 RESE, “de otras formas de publicidad previstas por el Estado miembro en que la SE tenga su domicilio social”<sup>412</sup>. En los supuestos de SE domiciliada en España, el proyecto de traslado se deposita en el RM, y tras la calificación del Registrador, se publica en el BORM el hecho del depósito y la fecha en que hubiere tenido lugar (Art. 95.3 LME). Además, el anuncio en el BORM debe hacer referencia a la denominación, el domicilio de la sociedad que se trasladada, los datos de su inscripción, así como las condiciones de ejercicio de los derechos de los socios, acreedores y trabajadores y dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, información sobre estas condiciones.

El Art.8.2 RESE establece el contenido mínimo del proyecto de traslado<sup>413</sup>: i) Los datos que permitan identificar a la SE: la denominación, el domicilio antes del

---

*ópticos o cualquier otro medio electromagnético del modo establecido por los Estados miembros”).* Por otro lado, no se descartan nuevas modificaciones de esta Directiva relacionadas con las nuevas tecnologías aplicadas al tratamiento de la información y publicidad de los actos societarios siguiendo el último Programa de Acción de la Comisión de 24 de enero de 2007 (Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, del “Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea”, COM (2007) 23), que fijaba la reducción en un 25% de las cargas administrativas de las empresas de la Unión Europea para el año 2012. Vid. La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 68/151/CEE y 89/666/CEE del Consejo en los relativo a las obligaciones de publicaciones y traducción a que están sujetos determinados tipos de sociedades, Bruselas, 17.04.2008, COM (2008) 194 final 2008/0083 (COD).

<sup>412</sup> En supuestos de SE domiciliada en España, se aplica la norma contenida en el Art.150.1 LSA con la inserción del correspondiente anuncio del cambio del domicilio social en dos periódicos de gran circulación en la provincia o provincias respectivas (exigencia también predicable en los supuestos de cambio de denominación, modificación o sustitución del objeto social) sin cuya publicidad no podrá inscribirse en el Registro Mercantil. Vid. AGUILÓ PIÑA, J.F., “La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, *RDM*, nº 246, 2002, pág. 1805.

<sup>413</sup> El proyecto de traslado del Art.8.2 RESE, se ha generalizado en nuestra legislación tras la entrada en vigor de la LME (Art. 95.2 LME). En ambos supuestos, el proyecto de traslado del domicilio es un documento informativo obligatorio y en cierta medida, vinculante para la Junta General, elaborado con la finalidad de dar conocimiento y publicidad de la operación de traslado entre los grupos de interés (accionistas, trabajadores, acreedores, e incluso a los organismos públicos). Vid. PALAO MORENO, G., *Traslado del domicilio ...*, ob. cit., págs. 153-155; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad...” ob. cit., pág. 200.

traslado y su número actual; ii) El nuevo domicilio propuesto para la SE; iii) Los nuevos estatutos propuestos para la SE, con el cambio en su caso, de la denominación de la sociedad<sup>414</sup>; iv) Las repercusiones que pueda tener el traslado en la implicación de los trabajadores (dentro de los límites de la DITSE); v) Las fechas propuestas para el traslado; vi) Los derechos previstos para la protección de los intereses de los accionistas y/o acreedores.

Junto al proyecto de traslado, el derecho de información de los grupos de interés se refuerza con el informe elaborado por el órgano de dirección o administración (Art. 8.3 RESE), justificativo de las razones jurídicas y económicas del traslado, además de las consecuencias que se deriven para los accionistas, trabajadores y acreedores. En este caso, sorprende que el informe no sea elaborado por terceros independientes, no obstante, como ha señalado la doctrina, la razón de ser de este informe es meramente informativa respondiendo directamente al hecho de que el cambio de la sede social de la SE, lleva aparejada el cambio de *la lex societatis* y consecuentemente una modificación estatutaria que así lo exige<sup>415</sup>. La doctrina equiparaba este informe con el exigido por nuestra legislación en los supuestos de modificación estatutaria del Art. 144.1 LSA<sup>416</sup>; actualmente el informe de los administradores en los supuestos de traslado internacional del domicilio social se ha generalizado para cualquier tipo societario merced al Art. 96 LME<sup>417</sup>.

---

<sup>414</sup> La modificación de los Estatutos sociales se ajustará a las exigencias de la legislación del Estado miembro en el que se establezca el nuevo domicilio social, esto es la nueva *lex societatis* de la SE. Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L. "Domicilio y nacionalidad....", ob. cit. pág. 195.

<sup>415</sup> Vid. PALAO MORENO, G., *Traslado....*, ob. cit., pág. 155; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Domicilio y nacionalidad....", ob. cit., pág. 203.

<sup>416</sup> Vid. AGUILÓ PIÑA, J.F., "La Sociedad Anónima ...", ob. cit., pág. 1806, nota 17, equipara este informe al exigido por el artículo 8.3 RESE.

<sup>417</sup> Con redacción similar al Art. 8.3 RESE, el Art. 96 LME establece que: "los administradores elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto de traslado en sus aspectos jurídicos y económicos, así como sus consecuencias para los socios, los acreedores y los trabajadores".



*b) Fase decisoria: acuerdo de la Junta General.*

La fase decisoria protagonizada por los accionistas de la SE se inicia con un trámite previo: el derecho reconocido a los accionistas y acreedores de la SE<sup>418</sup>, durante al menos un mes antes de la celebración de la junta general que se pronuncie sobre el traslado, a examen en el domicilio social de la SE de los documentos elaborados por el órgano de administración o dirección – proyecto e informe-, así como el derecho de obtener gratuitamente copia de tales documentos (Art. 8.4 RESE, en relación con el Art. 98 LME).

La decisión del traslado del domicilio social se adopta por la Junta general de accionistas convocada al efecto, no antes del transcurso de dos meses desde la fecha de publicación del proyecto y del informe de traslado. La convocatoria de la Junta se publica en el BORM y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en la que la SE tenga su domicilio (Art. 98 LME). Además de la convocatoria de la junta se publica las menciones relativas a: el domicilio actual y el domicilio social propuesto para la SE, el derecho que tienen los socios y acreedores de examinar en el domicilio social el proyecto de traslado y el informe, y la obtención gratuita de la copia de tales documentos, y el derecho de separación de socios y derecho de oposición acreedores.

La adopción del acuerdo de traslado por la Junta general se realiza con las mismas garantías exigidas para la modificación de Estatutos sociales del Art.59 RESE, es decir, una mayoría cualificada de dos tercios de los votos emitidos, salvo que la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la SE prevea o permita una mayoría más amplia. En los mismos términos el Art. 97 LME reenvía a los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de la sociedad que se traslada. En los supuestos de SE española se ajusta a los requisitos de quórum y mayorías del Art. 103 LSA para la modificación de estatutos sociales. Será suficiente la mayoría simple de los votos emitidos en aquellos supuestos que esté previsto por las legislaciones nacionales y siempre que al menos esté representada la mitad del capital social.

---

<sup>418</sup> En la propuesta de Decimocuarta Directiva se reconocía este derecho también para los representantes de los trabajadores – artículo 5.2 de la Directiva-.

*c) Fase de ejecución: inscripción registral y publicidad.*

La realización efectiva del cambio de domicilio de la SE de un Estado miembro a otro pasa necesariamente por la inscripción con carácter constitutivo<sup>419</sup> en el Registro correspondiente del nuevo domicilio social de la SE de conformidad con lo dispuesto por el apartado 10 del Art. 8 RESE, “*EL traslado del domicilio social de la SE, así como la correspondiente modificación de los estatutos, surtirán efecto en la fecha en que, con arreglo al artículo 12, la SE se haya inscrito en el registro del nuevo domicilio*”, y la baja correspondiente en el Registro de origen o anterior (Art. 8.11 RESE) a partir de la notificación enviada por el Registrador del nuevo domicilio.

Antes de proceder a las inscripciones referidas y publicaciones correspondientes será necesario atender a ciertos trámites:

En primer lugar, el procedimiento de traslado del domicilio social está sujeto a un control de legalidad (Art.8.8 RESE), por parte del tribunal, notario o una autoridad competente del Estado miembro del domicilio social original, que expedirá un certificado acreditativo del cumplimiento de todos los trámites y actos que han de realizarse antes del traslado (proyecto, informes, depósito y publicidad). Entre estos actos y trámites se encuentra la adopción por parte de la SE de las medidas necesarias para la protección de los intereses de los accionistas minoritarios, acreedores sociales y titulares de otros derechos incluídas las Administraciones públicas de conformidad con las disposiciones de los Estados miembros en el que la SE tenga su domicilio social antes del traslado (Art. 8.7 RESE).

En segundo lugar, una vez cumplimentados los trámites reglamentarios en el Estado miembro de origen, será el momento de iniciar la tramitación correspondiente en el Estado de destino, que pasa necesariamente por la inscripción en el Registro correspondiente previa presentación del certificado (del apartado 8) emitido por las autoridades correspondientes del Estado de origen y acreditar, además que se reúnen los requisitos exigidos para la inscripción en el

---

<sup>419</sup> Vid. AGUILÓ PEÑA, J.F., “La Sociedad Anónima ...”, ob. cit., pág. 1809. No obstante se trata de un carácter constitutivo únicamente respecto de la “*lex societatis*” aplicable a la SE.

nuevo registro conforme a su legislación nacional<sup>420</sup>. La tramitación de la inscripción en el Registro de destino se hará conforme a lo establecido en el artículo 12 RESE, y solamente a partir de la fecha de inscripción se puede considerar como efectivo el traslado del domicilio social.

En tercer lugar, tras la correcta inscripción el Registro del nuevo domicilio social será el encargado de notificar al Registro de origen (domicilio anterior) que se ha formalizado correctamente la nueva inscripción, y será en este momento cuando el Registro anterior pueda causar la baja definitiva de la SE trasladada (Art. 8.11 RESE). Dependiendo de la diligencia de los Registros implicados para la comunicación y tramitación de la baja, podría darse la circunstancia de doble inscripción de la SE tanto en el Registro de origen como en el de destino<sup>421</sup>.

Por último, el cambio del domicilio de la SE es efectivo con la publicación formal de las inscripciones de alta y baja en los Registros correspondiente (Art. 8.12 RESE). A partir de la fecha de publicación de la nueva inscripción de la SE, el nuevo domicilio social surtirá efectos frente a terceros, pero éstos podrán seguir prevaliéndose del domicilio anterior hasta que no se publique la baja en el Registro de origen, salvo que se demuestre que tenían conocimiento del nuevo domicilio y no solo del traslado (Art. 8.13 RESE). En este punto cabe precisar, que la fecha de inscripción en el Registro del nuevo domicilio es la determinante para

---

<sup>420</sup> Podría hablarse de una “reinmatriculación”, en términos de FERENÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad ...”, ob. cit., pág. 227, pero con la salvedad de que esta nueva inscripción, si bien nos determina la nueva *lex societatis* de la SE (ya sea española, belga, francesa, etc...), no supone en ningún caso la adquisición de la personalidad jurídica que por otro lado, la SE nunca ha dejado de tener a lo largo de todo el proceso de traslado. No podemos olvidar, el principio que inspira el procedimiento de traslado del domicilio de la SE, contenido en el artículo 8.1 RESE, esto es, “... *Dicho traslado no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica*”. Vid. SAGASTI AURREKOETXEA, J.J., “La Constitución de la “Societas Europaea – SE”, *RdS*, núm. 19, 2002, pág. 122.

<sup>421</sup> Vid. MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La Sociedad Anónima ...”, ob. cit., pág. 209. En todo caso, la coordinación de los autoridades registrales en los supuestos de traslado intracomunitario, buscan evitar tanto las situaciones de doble inmatriculación, como la apatridia registral consecuencia de un conflicto negativo de competencias que da lugar al desentendimiento de ambos sistemas registrales. En materia registral vid. FERENÁNDEZ DEL POZO, L., “El Derecho internacional del Registro mercantil y la publicidad registral de las Sociedad Europea (Societas Europaea)”, *RDM*, núm. 248, abril-junio de 2003, págs. 499 y ss; FERENÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio ...”, ob.cit., págs. 233-271.

la efectividad del traslado y modificación estatutaria, mientras que el criterio de oponibilidad frente a terceros de buena fe lo determina la fecha de publicación de la nueva inscripción<sup>422</sup>. La publicidad formal Art. 13 RESE se completa con lo dispuesto por el Art. 14 RESE, exigiendo la doble publicidad de las inscripciones de alta y baja del domicilio de la SE en los Registros correspondientes y publicidad adicional, a título informativo, en el Diario Oficial de la Unión Europea.

#### **F. Protección de accionistas y acreedores: derecho de separación y derecho de oposición.**

El RESE establece una protección de mínimos<sup>423</sup> para garantizar los intereses de los accionistas, acreedores sociales y titulares de otros derechos – incluidas las Administraciones públicas-; los Estados miembros son libres para adoptar otras medidas que aumenten esa protección siempre que respeten el equilibrio entre los derechos e intereses de las partes. La doctrina<sup>424</sup> no es partidaria de un uso abusivo de esta posibilidad por parte de los Estados miembros, entendiendo que una sobreprotección de los intereses de los accionistas minoritarios o acreedores puede devenir en obstaculizar la movilidad europea de la SE. El RESE no regula expresamente los mecanismos de protección y reenvía a lo estipulado por los Estados miembros en el que la SE tenga su domicilio antes del traslado, tal y como dispone el Art. 8.5 RESE respecto de los accionistas<sup>425</sup> y el Art. 8.7 RESE,

---

<sup>422</sup> Vid. SAGASTI AURREKOETXEA, J. J., "La constitución de la Societas Europaea- SE", RdS, núm. 19, 2002, págs. 122-123; VÁZQUEZ RUANO, T., "El traslado del domicilio social de la SE a otro Estado miembro de la UE. La necesaria tutela de los intereses y derechos colectivos afectados", *Noticias de la Unión Europea*, nº 270, julio 2007, pág.96.

<sup>423</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R., *La sociedad anónima...*, ob. cit, pág. 168; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Domicilio...", ob. cit., pág. 189.

<sup>424</sup> Vid. PALAO MORENO, G., *El traslado...*, ob. cit., pág. 173 y 174; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Domicilio...", ob. cit., pág. 220; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento...", ob. cit., pág. 18.

<sup>425</sup> Vid. La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, incorpora al texto refundido de la LSA el Art.315.1.a), que regula el derecho de separación de los accionistas que se opongan al traslado del domicilio en los términos previstos en el Art.149 LSA vinculado al Art. 147 LSA. Esta remisión, tras la entrada en vigor de la LME debe ser entendida al Art. 99 sobre Derecho de separación de los socios en supuestos de traslado internacional del domicilio social, y régimen legal

respecto de las obligaciones contraídas por la sociedad con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado para la protección de los intereses de acreedores y titulares de otros derechos (incluidos los de los organismos públicos<sup>426</sup>).

---

previsto en la LSRL. La técnica de protección dispensada a los accionistas minoritarios – ya que en todo caso el acuerdo de traslado se adopta por una mayoría cualificada del artículo 59 RESE- de “un derecho de separación”, se encuentra en consonancia con las recomendaciones realizadas por el Informe Winter en relación con las operaciones de reestructuración, en las que establece que los Estados miembros se obliguen a crear derechos de venta (*sell-out rights*) y de retirada obligatorios (*squeeze out rights*) cuando se alcance una concentración como mínimo del 90% y máximo del 95% sobre una categoría de acciones, tanto para las sociedades cotizadas como para las susceptibles de cotización (open and listed companies). Vid. Rapport of the High Level Group of Company Law experts on a modern regulatory framework for company law en Europe, Bruselas, 4 de noviembre de 2002, pág.112; ANSÓN PEIRONCELY, R., *La sociedad anónima ...*, ob. cit. págs. 168-169.

En opinión de FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad...”, ob. cit., pág. 221, el derecho de separación de los socios del Art. 149.2 LSA (actualmente 99 LME) reconocido en otras legislaciones de nuestro entorno como la italiana artículos 2.369 y 2.437 Cc-, debe ser sopesado por el legislador español, al existir un riesgo cierto de sobreprotección de los accionistas minoritarios, de tal suerte que puede existir la posibilidad del “empleo abusivo del mecanismo garantista por éste (extorsión del minoritario)”, añadiendo que “la liquidación de la participación del minoritario que se separa no sólo complica el procedimiento de traslado (puede ser necesario incluso que intervenga un auditor para valorar el precio de salida ex. Artículo 147.2 LSA), sino que además drena de recursos a la sociedad”. En el mismo sentido se considera excesiva la tutela prevista del derecho de separación, por PALAO MORENO, G., *El traslado...*, ob. cit., pág. 174; Por su parte, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento...”, ob.cit., pág. 18, y precisa que las normas de mayoría cualificada unido al derecho de separación, además de considerarse una “sobreprotección”, debido a los elevados costes podrían provocar la frustración de la operación de traslado. El derecho de separación permite al socio desvincularse voluntaria y unilateralmente de la sociedad sin causar la disolución de la sociedad pero sí induciría a una operación de reducción del capital social (aunque a veces quede matizada por cláusulas estatutarias de rescate), Vid. VIERA GONZÁLEZ, J., “Derecho de separación –SA y SRL–”, AAVV., Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario...*, ob.cit., págs. 490-504.

<sup>426</sup> El Art. 8.7 párrafo 3 RESE se refiere “Los párrafos primero y segundo no afectan a la aplicación a las SE de las legislaciones nacionales de los Estados miembros sobre liquidación o garantías de los pagos a organismos públicos”.

El proyecto de traslado (Art. 8.2 c) y e) RESE) incluye expresamente las medidas adoptadas *para la protección de los accionistas y/o acreedores* y las repercusiones *que pueda tener el traslado en la implicación de los trabajadores*, y se someten así al control de legalidad de la autoridad competente en cada Estado miembro (Registrador mercantil en España -Art. 315.2 LSA-) encargada de la expedición del certificado concluyente del cumplimiento de los actos y trámites necesarios anteriores al traslado (Art. 8.8 RESE).

El RESE no menciona ninguna medida de protección concreta pero, en todo caso, las adoptadas por los Estados miembros deben garantizar: los derechos de los accionistas, acreedores, trabajadores y organismos públicos nacidos antes del traslado (considerando 24 in fine); las garantías deben ser proporcionadas (Art.8.3 RESE); y en los supuestos de reclamaciones judiciales suscitadas con anterioridad al traslado, éste se entenderá no efectuado aunque la demanda se interponga con posterioridad a la fecha efectiva del traslado, esto es, aunque se interponga después de la inscripción en el Registro del nuevo domicilio de la SE.

El Art. 8.7 RESE prevé dos formas principales para la protección de los intereses de los acreedores sociales en los supuestos de traslado del domicilio social de la SE:

i) La primera garantía es anterior a la expedición por parte del Registrador mercantil del certificado de traslado del domicilio, ya que la SE ha de demostrar que los intereses de los acreedores han quedado protegidos por lo que respecta a las obligaciones que la SE hubiera contraído con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado. En estos casos, y atendiendo a la naturaleza híbrida del Reglamento, será el Ordenamiento del Estado miembro donde la SE posea su sede social el encargado de determinar el modo concreto de demostrar este extremo. En nuestro Ordenamiento el Art. 315.1 b) LSA reconoce a los acreedores cuyo crédito hubiera nacido con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado, un derecho de oposición al traslado de la sede social de la SE, regulado en los términos establecidos para la oposición a la fusión (Art. 243 LSA derogado por la LME que regula el derecho de oposición en el Art. 101 LME en los supuestos de traslado internacional del domicilio social y reenvía al Art.44 LME para la fusión). En todo caso, el ejercicio de este derecho de oposición estará sujeto al plazo previsto de dos meses del Art. 316. 3 LSA. *“El acuerdo de oposición al*

*traslado del domicilio habrá de formularse dentro del plazo de dos meses siguientes a la publicación del proyecto de traslado de domicilio. El acuerdo podrá recurrirse ante la autoridad judicial competente”.*

ii) El párrafo segundo del Art.8.7 RESE, establece que las previsiones anteriores se podrán hacer extensibles a las obligaciones nacidas (o que hubiesen podido nacer) antes del traslado. Para este supuesto, el legislador español no ha previsto ninguna medida especial, por lo que entendemos que debieran acogerse en este supuesto al derecho de oposición siempre que fuera posible.

En cualquier caso, la doctrina ha entendido que nos encontramos ante un supuesto de protección de los intereses de los acreedores limitado, pues la única garantía total de sus intereses se obtendría a partir de la disolución de la SE previa al traslado y además cuando se llevara a cabo la nueva constitución de la SE en el Estado de destino.<sup>427</sup> La norma española tampoco establece cómo debe acreditarse que se han tutelado los intereses de los acreedores previos a la publicación del proyecto.

Por otro lado, los intereses de los accionistas minoritarios se pueden ver afectados por el traslado del domicilio social como consecuencia del cambio de la *lex societatis* y modificación estatutaria. Así, en el momento anterior a la adopción del acuerdo del traslado, los derechos de los accionistas minoritarios deben ser tutelados y para ello se establece en primera instancia que sean informados del Proyecto y del Informe que lo acompaña un mes antes a la fecha establecida para la celebración de la Junta General, y no puede adoptarse el acuerdo hasta pasados dos meses desde su publicación. Una manifestación más de la tutela dispensada a los accionistas es la mayoría exigida respecto de la adopción del acuerdo del proyecto de traslado, exigiéndose como mínimo, una mayoría superior a los dos tercios de los votos emitidos, ampliable por los Estados miembros.

---

<sup>427</sup> Vid. PALAO MORENO, G., *Traslado.....*, ob. cit., pág. 171.

El legislador español no ha previsto una mayoría superior<sup>428</sup>. El Art. 8.5 RESE, establece que los Estado miembros, respecto de las SE domiciliadas en sus territorios, podrá adoptar disposiciones encaminadas a garantizar la protección adecuada de los accionistas minoritarios que se hubieran opuesto al traslado. Para estos supuestos, el Art.315.1 a) LSA reconoce a los accionistas que votasen en contra del traslado, el derecho de separación conforme a lo dispuesto en el artículo 149.2 LSA que debe interpretarse como remisión al Art. 99 LME<sup>429</sup>, aunque sin precisar el régimen de las participaciones, es decir, si las participaciones de los accionistas que se separen pueden ser adquiridas por la SE o, por el contrario, conducirían a una reducción del capital social<sup>430</sup>.

---

<sup>428</sup> En relación a este particular, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Domicilio y nacionalidad...", ob. cit., págs. 188-189, considera que establecer la regla de la unanimidad o el reforzamiento del quórum supondría una sobreprotección del accionista minoritario, con el consiguiente riesgo de abuso de la posición del minoritario (el veto del minoritario o el veto de minoría cualificada). Por ello, el derecho de separación se muestra como el mejor instrumento de protección para el accionista que vota en contra del traslado del domicilio social.

<sup>429</sup> Tanto en los supuestos del artículo 315 LSA como en el Art. 99 LME, el accionista se enfrenta a un acuerdo que implica que la sociedad, como persona jurídica, quedará sometida a la jurisdicción (cfr. Reglamento (CE), núm. 44/2002, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) y al Ordenamiento jurídico de otro Estado, quedando legitimado para ejercer el derecho de separación en protección de sus intereses particulares ante una modificación sustancial de los presupuestos que determinaron su adhesión al ente societario. Vid. GARCÍA SANZ, A., "El derecho de separación en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España", *Noticias de la Unión Europea*, nº 270, julio 2007, págs. 40 - 41. Este autor se adhiere por otro lado, a la postura doctrinal que entiende que el derecho de separación debe eliminarse en aquellas sociedades en las que el socio minoritario puede abandonar la sociedad mediante la enajenación de sus acciones en un mercado, como por ejemplo el bursátil (las sociedades abiertas o cotizadas), siendo partidario del reconocimiento del derecho de separación únicamente en las sociedades cerradas, por lo que se recomendaría una reforma integral de la LSA en tal sentido.

<sup>430</sup> Vid. VÁZQUEZ RUANO, T., "El traslado de domicilio...", ob. cit., pág.98; PALAO MORENO, G., *El traslado...*, ob. cit. pág. 175.



### **G. Cláusula de salvaguarda del interés general como limitación a la movilidad intracomunitaria de la SE.**

La movilidad intracomunitaria de la SE se ve limitada en el RESE por dos tipos de excepciones basadas en el *interés general*. El Art. 8.14 RESE expresamente prevé el sometimiento a una autorización previa del Gobierno cuando la operación de traslado del domicilio social de la SE suponga un cambio de la ley aplicable: *“La legislación de un Estado miembro podrá establecer, en lo que respecta a las SE domiciliadas en su territorio, que un traslado de domicilio que suponga un cambio de legislación aplicable no surtirá efecto si, en el plazo de dos meses contemplado en el apartado 6, la autoridad competente de dicho Estado miembro se opusiera a ello. Sólo podrá producirse esta oposición por razones de interés público”*.

En cumplimiento de esta disposición el Art. 316 LSA para los supuestos de SE domiciliadas en España, prevé que el Gobierno a propuesta del Ministerio de Justicia o de la Comunidad Autónoma donde la SE tenga su domicilio social, se puede oponer al traslado del domicilio social de la SE, al igual que se pueden oponer, en su caso, la autoridad de vigilancia a cuya supervisión estuviera sometida la SE (por ejemplo la CNMV u otros organismos o registros especiales a los que estuvieran sometidos por razón de su actividad – actividades financiación o de seguros). Para que sea efectivo el ejercicio de este derecho de oposición en el plazo establecido de dos meses desde la fecha de la publicación del proyecto de traslado (Art.316.3 LSA) es imprescindible la colaboración del Registrador mercantil que, de conformidad con lo previsto en el Art. 316.2 LSA, tendrá un plazo de cinco días desde el depósito del proyecto de traslado de la SE, para comunicar al Ministerio de Justicia, a la Comunidad Autónoma y en su caso, a la autoridad de vigilancia correspondiente, la presentación de dicho proyecto de traslado. El derecho de oposición por razones de interés público<sup>431</sup> se ejerce con carácter previo a la adopción del acuerdo de traslado por parte de la Junta

---

<sup>431</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad...”, ob. cit., pág. 210. La tutela del interés público en los casos de cambio de sede – al igual que su correlativo en el Art. 19 RESE en los supuestos de constitución de SE por fusión- es un punto capital de la regulación, adoptándose una vez más una regulación flexible que delega la iniciativa en los Estados miembros para conceder o no a las autoridades competentes el derecho de oposición. Esta técnica de oposición es la misma que la empleada en para las Agrupaciones Europeas de Interés Económico (Art. 14.4 RAEIE).

General, como se puede comprobar al establecer el mismo plazo mínimo que para la adopción del acuerdo de traslado, esto es, dos meses desde la publicación del proyecto (Art. 8.6 RESE reenvía al apartado 14 del mismo artículo). En todo caso, el acuerdo de oposición al traslado es recurrible ante la autoridad judicial (Art. 8.14 RESE y Art. 316.3 LSA). Esta cláusula de salvaguarda supone *ipso iure* una importante restricción operativa a este mecanismo, ya que la iniciativa del derecho de oposición parte exclusivamente del Estado -la SE no está obligada a notificar en ningún momento su propósito-, tiene que estar justificada la oposición por un interés público y ha de realizarse en un plazo escaso de dos meses. En todo caso, nos encontramos ante una técnica de tutela de los intereses públicos "nacionales", como ha destacado la doctrina, menos agresiva y más favorable a la movilidad intracomunitaria de las SE que otros mecanismos utilizados en el derecho comparado como pudieran ser las autorizaciones administrativas, o los sistemas de control *a posteriori* - ésta última menos intervencionistas que la primera-, pero no dejan de ser ninguno de ellos mecanismos de proteccionistas que entrañan barreras a la construcción europea<sup>432</sup>.

Sin duda, la cuestión que más interés suscita este derecho de oposición del Art. 8.14 RESE y por tanto del artículo 316 LSA, es la interpretación y definición del concepto "*interés público o interés general*", pues sobre él descansa los nuevos obstáculos -justificados o nó- que puedan presentarse a la movilidad intracomunitaria de la SE, y por tanto nuevas restricciones a la libertad de establecimiento del Art. 43 TCE.

La interpretación de este concepto de "*interés público*", entendemos que no puede ser arbitraria por parte de cada uno de los Gobiernos de los Estados miembros, ni puede responder a los concretos intereses públicos, pero particulares de cada Estado miembro, sino que deberíamos poder referirnos a un "*interés público de carácter comunitario*". Los motivos que empujan al Gobierno a tomar tal decisión de oposición han de ser, entre otros, objetivos plenamente justificados, proporcionados y no discriminatorios, coherentes con los principios y

---

<sup>432</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Domicilio y nacionalidad..." ob.cit., pág. 213, VELASCO SAN PEDRO, A.L./SÁNCHEZ FELIPE, J.M., "La libertad de establecimiento...", ob. cit., págs. 15-38.

libertades establecidos en el TCE<sup>433</sup>, apartándonos así de los autores que puedan considerar que el concepto de interés público contenido en las disposiciones del RESE, pueda quedar sujeto a una *“eventual dispar interpretación en los diferentes Estados miembros”*<sup>434</sup>.

En este sentido, los nuevos criterios jurisprudenciales del TJCE en materia de libertad de establecimiento, sobretudo a partir de la Sentencia Centros<sup>435</sup>, proporcionan una interpretación cada vez más ajustada del concepto de *“interés público”* comunitario o europeo. A estos efectos las conclusiones del Abogado General, Sr. M. Poiares Maduro, presentadas el 22 de mayo de 2008, en el asunto C-210/06- *Cartesio*<sup>436</sup>, en el numeral 32, expresamente señala: *“... , aún cuando la restricción a la libertad de establecimiento, en cuestión en el presente auto, surge directamente de la normativa nacional relativa a la constitución y al funcionamiento de sociedades, la cuestión que ha de plantearse es si puede estar justificada por razones de interés general público, como la prevención de las conductas fraudulentas o abusivas, o la protección de los intereses de, por ejemplo, acreedores, accionistas minoritarios, empleados o autoridades fiscales”*, y añade en el numeral 33 *“A la luz de estos intereses, parece aceptable que un Estado miembro establezca determinados requisitos para que una*

---

<sup>433</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio...”, ob.cit., pág. 213; 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”, *RdS*, 2002, págs. 35-37.

<sup>434</sup> Vid. PALAO MORENO, G., “El domicilio...”, ob. cit., págs. 91 y 178, y citados por el autor en la nota 107, GARCÍA COSO, E, Y MALATESTA, A.

<sup>435</sup> Sentencia Centros de 9 de marzo de 1999 (C-212/97, Rec. p. I-1459), junto a las Sentencias Überseering de 5 de noviembre de 2002 (C-208/00, Rec. p. I-9919), Inspire Art de 30 de septiembre de 2003 (C-167/01, Rec. p.I-10155), en las que el TJCE se pronunció en sentido contrario a las posturas tradicionales del asunto Daily Mail and General Trust, desestimando las alegaciones de que las normas nacionales de Derecho mercantil debían estar excluidas del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado sobre el derecho de establecimiento.

<sup>436</sup> En este asunto se ventila la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal mercantil de Hungría, en relación a una sociedad comanditaria húngara con domicilio social en Hungría y que desea trasladar su domicilio social a Italia, pero desea seguir registrada en Hungría, de forma que su estatuto legal continúe regulado por el Derecho húngaro. El Tribunal mercantil en el ejercicio de su función de llevanza del Registro mercantil denegó la inscripción de la nueva dirección en el Registro local, alegando que dicho traslado no era posible con arreglo al Derecho húngaro, declarando que una sociedad que desee transferir su domicilio social a otro Estado miembro, primero debe disolverse en Hungría y después volver a constituirse con arreglo a la normativa de dicho Estado miembro.

*sociedad constituida con arreglo a su propio Derecho de sociedades pueda trasladar su domicilio social al extranjero. Por ejemplo, es posible que el Estado miembro considere que ya no podrá ejercer ningún control efectivo sobre la sociedad y, en consecuencia, exija que la sociedad modifique sus estatutos y deje de estar totalmente regida por el Derecho de Sociedades con arreglo al cual se constituyó*". Cabe mencionar que las conclusiones de este numeral (el establecimiento por parte de un Estado miembro, de determinados requisitos justificados por razones de interés general, como el cambio de la ley aplicable, para que una sociedad pueda trasladar su domicilio social al extranjero) se establecen por analogía con el artículo 8 RESE.

Con anterioridad, en la Sentencia *Cadbury Schweppes*, el Tribunal había reiterado la circunstancia de que una sociedad se haya constituido en un Estado miembro con la finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por sí sola, suficiente para llegar a la conclusión de que existe un uso abusivo de la libertad de establecimiento. También subrayó que los Estados miembros pueden adoptar medidas para prevenir "*montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica*", cuyo objeto sea eludir la aplicación de la legislación nacional. En particular el derecho de establecimiento no impide a los Estados miembros que se protejan frente a las sociedades fantasma o pantalla, y ésta consideración (la adopción de medidas nacionales justificadas por interés público) representa la matización más significativa respecto de la línea jurisprudencial iniciada por la sentencia *Centros* del año 1999.

A la vista de estos pronunciamientos jurisprudenciales, las razones de interés público o general<sup>437</sup> y <sup>438</sup> al que se refieren las disposiciones de Derecho

---

<sup>437</sup> La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior, en el considerando 40 y 41, alude a los conceptos de "interés general" y "orden público" comunitarios según las interpretaciones del TJCE.

<sup>438</sup> El concepto de "interés público" como elemento restrictivo de la libertad de movilidad de las sociedades, y por tanto de la libertad de establecimiento o libertad de circulación de las personas jurídicas, nos recuerda bastante al concepto de "orden público" desarrollado por la jurisprudencia del TJCE como elemento restrictivo de la libertad de circulación. En este sentido me parece oportuno resaltar la conclusiones de ELVIRA, A., "Libertad de circulación y orden público en España" *Revista para el análisis del Derecho- Indret-*, abril, 2008, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com), que partiendo de la consideración de la libertad de circulación como una de las clásicas libertades comunitarias a las que la ciudadanía europea otorga una nueva dimensión, se ve limitada

comunitario y que se harán valer por los Gobiernos de los Estados miembros para limitar la movilidad intracomunitaria de la SE, deberán ser precisadas y justificadas para cada caso concreto respetando en todo caso los principios, los fines y políticas comunitarias imperantes en cada momento, y en todo caso, en la sede que nos ocupa, -la movilidad intracomunitaria de las sociedades en el mercado interior-, debe ser favorecida eliminando los obstáculos nacionales (tanto de entrada como de salida) para que sea efectiva la libertad de establecimiento de las personas jurídicas.

A modo de conclusión sobre el régimen de traslado del domicilio social de la SE, podemos constatar la existencia de un procedimiento únicamente previsto para la movilidad intracomunitaria de la SE, que pretende ser garantista de los intereses de los accionistas, de los trabajadores y de los terceros o acreedores, sujeto a unas estrictas normas de publicidad tanto del proyecto de traslado como del traslado efectivo, pero que no está exento de particulares contrariedades dimanantes de los Estados miembros en la interpretación de la norma comunitaria y sus intereses “públicos” concretos.

## VI. LA ESTRUCTURA DE LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA SE.

El debate sobre el modelo organizativo de la SE, ha sido el verdadero “caballo de batalla” que explica el laborioso proceso legislativo de treinta años en la configuración definitiva de la figura<sup>439</sup>. Los conflictos se plantean como

---

por razones de orden público, de acuerdo con la normativa comunitaria. “La conclusión que puede extraerse del estudio de la jurisprudencia española es –como expresamente ha recogido alguna Sentencia- que el concepto de orden público manejado es un concepto “europeo”, restrictivo. Lo cual no solo resulta acorde con el ordenamiento comunitario, sino también con una interpretación conforme a nuestro ordenamiento constitucional. La extensión de la interpretación comunitaria a los extranjeros en general pone de relieve la asunción de una objetivación cada vez mayor del concepto de orden público, propio de un reconocimiento, por un lado, de los derechos individuales y, por otro, del Estado de Derecho, parte no ya del Derecho comunitario, sino del Derecho común europeo”.

<sup>439</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario (el proyecto modificado de Quinta Directiva)”, *CDC*, núm. 5, junio 1989, págs. 231 y ss.; MORILLAS JARILLO, M. J./MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 270, julio 2007, pág. 57; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “El estatuto jurídico de la Sociedad Anónima Europea (perspectiva general

consecuencia de la diversidad de modelos nacionales seguidos en la estructura del órgano de administración y el enfrentamiento entre países adscritos al modelo dual (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia y Luxemburgo), frente al modelo monista (Reino Unido, España, Finlandia, Grecia, Irlanda y Suecia) y a los países con un sistema flexible o mixto (Francia, Holanda y Portugal). En las propuestas de los años 70 con un Reglamento “germanizado” se establece el sistema dual como único modelo posible de administración de la SE. La PRESE - 89 flexibiliza el sistema por influencia de la propuesta de Quinta Directiva de Sociedades<sup>440</sup> sobre estructuras de dirección y administración de las Sociedades Anónimas e incorpora por primera vez el modelo opcional entre el sistema monista y dualista, derivando la cuestión de la participación de los trabajadores en los órganos de gobierno – escollo para los sistemas monistas- al régimen jurídico de la Directiva sobre implicación de los trabajadores en la SE. Esta opción legislativa se mantiene en el actual RESE merced al acuerdo político alcanzado en la Cumbre de Niza sobre la cuestión social<sup>441</sup>.

Conforme a lo dispuesto en el Art. 38 b) RESE, la SE debe optar en sus estatutos entre el sistema dual o el sistema monista de administración. Esta previsión supone cambios importantes en la tradiciones societarias de los Estados miembros<sup>442</sup> que deben incorporar a sus Ordenamientos nacionales ambos

---

y principales aspectos de su régimen jurídico)”, AAVV. Coord. PÉREZ CARRILLO, E. F., *Estudios de Derecho mercantil europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 165.

<sup>440</sup> Tal y como hace constar MARTÍNEZ DE ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La Sociedad Europea...”, ob. cit., pág. 215. “Si la Quinta Directiva sobre Derecho de Sociedades se hubiese llegado a promulgar antes que el Estatuto de la SE, la solución alcanzada por ella habría resuelto el problema y la SE habría podido adoptar la forma de gobierno regulada en el Derecho armonizado”.

<sup>441</sup> La cuestión social se resolvió con la incorporación de la cláusula parcial de *opting-out* en la DITSE por Consejo de Empleo y Política Social (Cumbre de Niza 7-9 diciembre de 2000) que permitía a los Estados miembros reservarse la posibilidad de no incluir en sus Ordenamientos nacionales determinadas disposiciones de referencia sobre participación de trabajadores en los casos de constitución de SE por fusión. Esta previsión y el reconocimiento de determinados derechos pesqueros a favor de España permitieron el desbloqueo político a la aprobación definitiva del RESE y DITSE.

<sup>442</sup> El mandato del Art. 68 RESE obliga a los EEMM adoptar las disposiciones necesarias para garantizar la efectividad del Reglamento. En España cumple tal finalidad, aunque fuera de plazo previsto para la entrada en vigor del RESE (8 de octubre de 2004), la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en

sistemas de forma que la SE que se constituya en su territorio pueda optar indistintamente por uno de los dos sistemas<sup>443</sup> (en países, como España, con tradición monista<sup>444</sup> –órgano de administración y Junta de general- se da entrada a un nuevo sistema ejecutivo y de dirección como es el dual –órgano de dirección, órgano de control y Junta general- y a la inversa en los países como Alemania de tradición dualista). El RESE “obliga”<sup>445</sup> a los legisladores nacionales a regular aquel sistema (monista o dual) de gobierno que no estuviera previsto en sus Leyes de Sociedades Anónimas, aunque nada impide que puedan crear subsistemas o “modelos intermedios”<sup>446</sup> específicos para la SE siempre que respeten

---

España (BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2005); en otros países, como Reino Unido: *The Statutory Instrument 2004, n° 2326* (The European Public Limited-Liability Company Regulations 2004); Austria: *Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft* (Societas Europaea) publicado en *Bundesgesetzblatt* de 24 de junio de 2004; Dinamarca: *The Danish Act on the European Company*, de 19 de mayo de 2004; Francia: *The French Act on European Company* que modifica el Código de Comercio y el Código Laboral; Alemania: *Gesetz zu Einführung der Europäischen Gesellschaft* (SEEG) en vigor desde 28 de diciembre de 2004; Holanda: *The Draft for implementing the SE-directive*, vigente desde 1 de abril de 2005 y *Draft for implementing the SE-Regulation*, vigente desde el 1 de abril de 2005; Polonia: *the Polish Act on implementation of the SE*; Portugal: *Decreto Ley 2/2005 de 4 de enero de 2005*; Fuente: <http://www.se.network.org>

<sup>443</sup> Vid. CUENCA GARCÍA, A., “El órgano de administración de la Sociedad Anónima Europea con domicilio social en España. El sistema dual”, AAVV. Dirg. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima ...*, ob.cit., pág. 284; FERRANDO VILLALBA, M. L., “El sistema monista de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, AAVV. Dirg. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima....*, ob.cit., pág. 348; ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza...”, ob. cit., pág. 152; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El reglamento de la sociedad europea...”, ob. cit., pág. 31; AGUILÓ PIÑA, J.F., “La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, *RDM*, núm. 246, pág. 1812.

<sup>444</sup> Vid. BROSETA PONT, F./ MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho ...*, ob.cit., págs. 414-436; RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “Junta general (competencia y clases), (constitución), (convocatoria)”, AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario ...*, ob. cit., págs. 721-735.

<sup>445</sup> Aunque literalmente los Arts. 39.5 y 43. 4 RESE aluden a “podrán”, sin duda no se trata de una facultad, sino de un auténtico deber de los Estados miembros para regular el sistema de administración que no estuviera previsto en sus Ordenamientos para las sociedades anónimas. Vid. MORILLAS JARILLO, M. J. /MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de representación”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 270, julio 2007, págs. 66-67.

<sup>446</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control...”, ob. cit., págs. 352- 353;

lo establecido por el RESE y DITSE. A pesar de la posibilidad de autorregulación nacional, las legislaciones nacionales al acometer la regulación de los sistemas de administración que no les son propios se inspiran en los Ordenamientos que lo tenían previamente y a la vez, se observa que implícita o explícitamente se tiende hacia la equiparación y equivalencia entre ambos sistemas, de tal forma que las normas del Consejo de administración del sistema monista están tomadas de las del órgano de Control del sistema dual y son numerosas las remisiones y la reproducción de normas entre los dos sistemas; en suma, *“una especie de intento de traducir el sistema extraño a las estructuras del sistema propio<sup>447</sup>”*.

La elección del modelo de gobierno corresponde exclusivamente a la SE vía estatutos sociales. La estructura de gobierno de la SE queda supeditada a la voluntad negocial de los socios fundadores o promotores en el acto fundacional, sin perjuicio de modificaciones posteriores, privando en cualquier caso al legislador nacional de la posibilidad de fijar el sistema de gobierno de las SE domiciliadas en su territorio. El RESE no obstante, permite a los países miembros que la posibilidad de elección entre el sistema monista o dual de administración reconocido a las SE domiciliadas en sus territorios se haga extensible al resto de las sociedades anónimas nacionales. Esta opción permitiría una mayor homogeneidad, uniformidad y flexibilidad<sup>448</sup> de los sistemas nacionales

---

<sup>447</sup> Vid. MORILLAS JARILLO, M. J./MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración...”, ob.cit., pág. 67.

Equivalencias y remisiones entre ambos sistemas se aprecian entre el Art. 124 RRM relativo a los modos de organizar la administración y representación de la SA y el contenido del Art. 331.1 LSA respecto del modo de organizar el órgano de Dirección del sistema dual (un director, dos directores mancomunados o solidarios o un consejo de dirección) además de la remisión expresa a las normas sobre funcionamiento y adopción de acuerdos previsto para el Consejo de Administración de las sociedades anónimas; el Art. 330 LSA sobre las facultades del órgano de dirección del sistema dual reenvía a lo dispuesto para los administradores de las Sociedades anónimas; iguales remisiones encontramos respecto del Consejo de control del sistema dual a las disposiciones relativas al Consejo de Administración de las sociedades anónimas – Art. 333 LSA-.

<sup>448</sup> En este sentido se manifiesta MORILLAS JARILLO, M. J., “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de su representación”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 270, julio 2007, pág. 68; ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza...”, ob. cit., pág. 152; ESTEBAN VELASCO G., “Administración y control.....”, ob.cit., pág. 538, es partidario de extender esta opción a todas las sociedades anónimas españolas.



suponiendo una vía de armonización indirecta que por otro lado, no ha sido realmente aprovechada por los Ordenamientos nacionales para tal finalidad, como constata por ejemplo, nuestra Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima europea domiciliada en España que en el apartado tercero de la Exposición de motivos establece: “...Siguiendo la interpretación del Reglamento comunitario que no sólo parece más conforme a los postulados de los que parte este texto normativo, sino también más flexible, la Ley considera que la opción entre “sistema monista” y “sistema dual” debe concederse a todas las sociedades europeas, razón por la cual contiene algunas normas para aquellas sociedades que organicen la administración mediante una “dirección” y un “Consejo de control”. Sin embargo, respetando la solución tradicional del Derecho español, no ha procedido a generalizar esa opción estatutaria a las demás sociedades anónimas españolas, a la espera de que la práctica permita apreciar si las sociedades anónimas europeas que se constituyan en España prefieren el “sistema monista” o el “sistema dual” y, en este último caso, cuáles son los principales problemas operativos de este nuevo modelo de organización”.

En todo caso, la estructura de gobierno regulada en el RESE responde al llamado gobierno corporativo “interno” centrado en las estructuras organizativas previstas por las legislaciones de sociedades anónimas nacionales, frente al gobierno corporativo “externo” de tradición anglosajona donde el mercado de capitales influye sobre las estructuras empresariales y el control contable<sup>449</sup>. No obstante, la estrategia legislativa comunitaria de modernización y simplificación del Derecho societario<sup>450</sup> abogan por estructuras organizativas flexibles y

---

<sup>449</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control...”, ob. cit., pág. 531. Las nuevas tendencias en materia de gobierno corporativo relacionadas con los Códigos de Conducta o Códigos de buen Gobierno, son cuestiones que por el propio juego del sistema de fuentes del artículo 9 RESE, se remiten al Derecho nacional y al correspondiente espacio de autorregulación y sólo desde este ámbito pueden penetrar en el régimen de la SE, así pues, el gobierno corporativo en esta dimensión no aparece como seña de identidad del RESE y se presenta en la SE como un campo de pruebas más.

<sup>450</sup> Cfr. Informe Winter (2002), Comunicación de la Comisión sobre “Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea- Un plan para avanzar” (2003) y las Recomendaciones de la Unión Europea de 15 de febrero de 2005 (2005/162/EC) sobre consejeros externos y comisiones del Consejo y Recomendación de 14 de diciembre de 2004 (2004/923/EC) sobre retribuciones de consejeros de sociedades cotizadas. Vid. MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007, págs. 13-49

permeables a las nuevas tendencias de autorregulación de los Códigos de buen gobierno corporativo en las sociedades europeas.

#### **A. El sistema dual en el RESE.**

El sistema opcional de estructuras de gobierno de la SE contenido en el Art. 38 RESE se refiere exclusivamente al modelo de administración, siendo la Junta General de accionista (Arts. 52 a 60 RESE) un órgano necesario y compatible con cualquiera de los sistemas de administración seleccionado por la SE.

El sistema dual regulado en la Sección Primera del Título III (Arts. 39 -42 RESE) distribuye la gestión y dirección societaria entre dos órganos: el órgano de dirección (Art 39 RESE) y el órgano de control (Art. 40 RESE). El órgano de dirección se subordina al órgano de control y éste último a su vez, se subordina al control de la Junta General. Ambos órganos asumen conjuntamente las funciones de gobierno, diferenciando la función de gestión encomendada al órgano de dirección y función de supervisión encargada al órgano de control, lo que en última instancia redundará en mayores garantías frente a los socios y los terceros.

Los miembros del órgano de dirección son nombrados y revocados por el órgano de control, salvo que los Estados miembros impongan o autoricen que vía estatutaria, esta competencia se atribuya directamente a Junta general de conformidad con la normas previstas para las sociedades anónimas del Estado miembro donde esté domiciliada la SE<sup>451</sup>. La separación entre las funciones de gestión y supervisión se garantiza a partir de la incompatibilidad fijada en el sistema dual (Art. 39.3 RESE)<sup>452</sup> respecto de cualquier persona para ocupar simultáneamente la posición de miembro del órgano de dirección y del órgano de control. En todo caso, si se genera una vacante en el órgano de dirección se puede ocupar su puesto por un miembro del órgano de control siempre que sus

---

<sup>451</sup> Esta previsión garantiza a los países de tradición monista que la soberanía de la Junta general para nombrar y revocar a los miembros del órgano de administración, no es desplazada por la actividad de los órganos de gobierno de la SE.

<sup>452</sup> Vid. MARTÍNEZ DE ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., "La Sociedad Europea...", ob. cit., págs. 219-220.

funciones en este último queden en suspenso mientras desempeñe sus funciones en el órgano de dirección.

Los miembros del órgano de control carecen de poder gestión (Art. 40.1 RESE) limitando sus funciones a la supervisión de la labor desarrollada por el órgano de dirección, nombrados por la Junta General (y aunque nada se diga de la revocación también compete a la Junta General) pueden ser designados los que primera vez ocupen ese cargo en los estatutos sociales al constituirse la SE. Los accionistas minoritarios y trabajadores pueden designar a sus representantes en este órgano conforme a los cauces previstos en el Ordenamiento del Estado del domicilio de la SE y la DITSE. El órgano de control en el ejercicio de sus funciones, está facultado para solicitar la información que precise y realizará las verificaciones necesarias, tareas favorecidas por la obligación impuesta al órgano de dirección de enviar trimestralmente al órgano de control información sobre la marcha de los asuntos de la SE y su evolución previsible, además de comunicar en cualquier momento los hechos relevantes para la SE (Art. 41 RESE). El órgano de control como órgano colegiado, designará de entre sus miembros a un Presidente, pero con la cautela prevista en el Art. 42 RESE para los supuestos en los que la mitad de los miembros del órgano de control hubiesen sido designados por los trabajadores, solo podrá ser elegido presidente un miembro designado por la Junta general, medida que en todo caso pretende garantizar los intereses del capital dentro de la sociedad, ya que en última instancia la sociedad es fruto de la iniciativa de los socios.

La Ley 19/2005 de 14 de noviembre de la SE domiciliada en España, contempla en la subsección 2 el sistema dual en los artículos 329 a 336 LSA. La novedad del sistema dual en nuestro Derecho societario supone una regulación expresa para poder dar cumplimiento a las previsiones del RESE, y en este sentido, la primera precisión establecida por el Art.329 LSA es de carácter terminológico, aludiendo no al órgano de dirección y al órgano de control como en el RESE, sino simplemente a la *“existencia de una Dirección y un Consejo de control”*.

Las competencias y facultades de la Dirección (Art. 330 LSA) se equiparan a las reconocidas a los administradores en gestión y representación de la sociedad en las mismas condiciones entendiendo que las limitaciones a sus facultades, aún

hallándose inscritas en el Registro Mercantil, serán ineficaces frente a terceros. El órgano de Dirección de una SE domiciliada en España (Art. 331 LSA) se organiza igual que órgano de administración de cualquier SA nacional, de tal manera que los estatutos sociales fijarán si se opta por un solo director, dos directores que actúen solidaria o conjuntamente, o incluso más de dos personas que actúen conjuntamente en "Consejo de Dirección" en cuyo caso la Ley española hace uso de la previsión reglamentaria del Art.39.4 RESE para establecer el número máximo de siete miembros y mínimo de tres integrantes del Consejo de dirección.

### **B. El sistema monista en el RESE.**

El sistema monista regulado en los Art. 43 a 45 RESE encomienda la gestión y gobierno de la SE a un órgano de Administración único; no obstante, se reconoce a los Estados miembros la facultad para estipular la delegación de facultades de gestión corriente en uno o varios miembros del órgano de administración - consejeros delegados- de tal manera que los restantes miembros del órgano se verán forzosamente convertidos en supervisores de las tareas realizadas por los delegados, equiparándose así funcionalmente a las tareas desarrolladas por el órgano de Control en el sistema dual. Los estatutos sociales determinarán el número de miembros del órgano de Administración, sin perjuicio del derecho reconocido a cada Estado miembro para fijar el número mínimo y máximo de miembros de este órgano, y en todo caso, en los supuestos de SE con sistema de participación de trabajadores organizada de conformidad con la DITSE el órgano de administración constará de un mínimo de tres miembros (Art. 43. 2 RESE). La Junta general nombra y revoca a los miembros del órgano de administración, salvo la designación estatutaria de los que ocupen por primera vez el cargo al constituirse la SE. Los accionistas minoritarios y los trabajadores pueden designar sus representantes en el órgano de administración de conformidad con las disposiciones del Estado donde la SE esté domiciliada (Art.43.3 RESE). En su funcionamiento interno, el órgano de administración se reúne como mínimo trimestralmente (Art. 44 RESE) para decidir acerca de la marcha y evolución previsible de los asuntos de la SE, además elige de entre sus miembros un presidente, y sólo cuando la mitad de los miembros del órgano de administración sean designados por los trabajadores, corresponde a la Junta

general tal elección equiparándose así con lo previsto en el sistema dual para la protección de los intereses de los socios.

La Ley 19/2005 de 14 de noviembre sobre la SE domiciliada en España introduce un único artículo -328 LSA- relativo al sistema monista de la SE, estableciendo que “ en caso de que se opte por un sistema de administración monista, será de aplicación a su órgano de administración lo establecido en la presente Ley para los administradores de las sociedades anónimas, en cuanto no contradigan lo dispuesto en el Reglamento CE 2157/2001, y en la Ley que regule la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas”<sup>453</sup>

### **C. Disposiciones comunes a los sistemas de administración monista y dualista.**

Las disposiciones comunes a los sistemas monista y dual de los Arts. 46 a 51 RESE<sup>454</sup> regulan con carácter imperativo diferentes aspectos organizativos y funcionales de los órganos de administración y control de la SE, con independencia del sistema elegido. Estos preceptos ofrecen una regulación fragmentada del estatuto jurídico del titular del órgano de gobierno ocupándose de cuestiones que pudieran ser consideradas de dispar importancia, como duración del mandato de los miembros de los órganos de la SE –seis años<sup>455</sup> - (Art. 46 RESE); requisitos, condiciones y prohibiciones para ser miembro de los

---

<sup>453</sup> Para un análisis de la aplicación conjunta de las disposiciones del RESE y de la LSA en relación al sistema monista Vid. FERRANDO VILLALBA, M. L., “El sistema monista de administración ...”, ob. cit., págs. 355 y ss.

<sup>454</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (I)”, AAVV. Coord. ESTEBAN VELASCO, G./ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad anónima europea...*, ob. cit., págs. 637 a 687; QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Disposiciones comunes a ambos sistemas de administración y control (II), AA.VV. Coord. Esteban VELASCO, G./ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima europea...*, ob.cit., págs. 689-762; MORILLAS JARILLO, M. J. /MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., “Sistemas y formas de administración ...”, ob.cit., pág. 72-78.

<sup>455</sup> En nuestra legislación, el Art. 126 LSA fue modificado por la disposición final primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, que da una nueva redacción a este artículo introduciendo en el apartado segundo la previsión del plazo de duración máxima del cargo de seis años, cuando en la redacción anterior era de cinco años.

diferentes órganos de gobierno (Art. 47 RESE<sup>456</sup>); operaciones sometidas a una autorización previa por parte de uno de los órganos (Art. 48 RESE); obligaciones y deberes de los miembros de los órganos (Art. 49 RESE); funcionamiento y adopción de acuerdos de los órganos colegiados de administración y control (Art. 50 RESE) y responsabilidad de los miembros del órganos de dirección, control o administración (Art. 51 RESE). El legislador nacional en la Ley 19/2005, también introduce disposiciones comunes para ambos sistemas regulados en dos nuevos artículos, el 335 LSA sobre responsabilidad de los miembros de los órganos de administración de la SE que reenvía a las disposiciones previstas para los administradores de las sociedades anónimas, y el Art.336 LSA en materia de impugnación de los acuerdos de los órganos de administración de la SE.

La confluencia de los sistemas monista y dualista de la SE no es una mera cuestión formal de disposiciones comunes; por el contrario aparecen elementos comunes en torno a un eje principal que separa las funciones de gestión y las de supervisión en ambos sistemas (como las funciones de los consejeros delegados del sistema monista equiparables a la funciones del órgano de dirección del sistema dualista). No obstante, ambos sistemas dualista y monista, presentan diferencias significativas en sus fuentes de regulación y contenido donde las disposiciones nacionales juegan un papel importante que impiden, como ha constatado la doctrina, una comparación simplista y, sobre todo, *“obtener conclusiones seguras sobre los elementos de caracterización de uno y otro modelo*

---

<sup>456</sup> Según el Art. 47.1 RESE, *“los Estatutos de la SE podrán estipular que una sociedad u otra entidad jurídica pueda ser miembro de uno de sus órganos, excepto cuando la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde esté domiciliada la SE disponga lo contrario. La sociedad u otra entidad jurídica deberá designar a un representante, persona física, para el ejercicio de los poderes en el órgano de que se trate”*. Esta materia, tratada por nuestra doctrina como *“administrador persona jurídica”*, respecto de la SE presenta las particularidades propias de la duplicidad de sistemas –monista y dualista- donde la entidad jurídica puede ser miembro del órgano de administración del sistema monista o participar en alguno de los órganos del sistema dualista (director, consejeros de dirección o consejeros de control). En todo caso, esta polémica y compleja materia que en última instancia, permite que un cargo de confianza personal de la sociedad recaiga en otra sociedad (persona jurídica de naturaleza impersonal), queda supeditada a la autonomía legislativa de cada uno de los Estados miembros en materia de SA, mermando una vez más la pretendida uniformidad jurídica de la SE. Vid. ESTEBAN VELASCO, G., *“Disposiciones comunes ...”*, ob. cit., págs. 638-656:

*intrasistema*<sup>457</sup>. En cualquier caso, la estructura de los órganos de gobierno de la SE se caracteriza por la concurrencia de modelos diversos y desregularización comunitaria a favor de la autonomía legislativa nacional que contribuye a considerar el gobierno corporativo de la SE como factor de competitividad para su localización en un Estado miembro u otro. Se confirma una vez más el carácter híbrido comunitario – nacional de la SE, y la estructura corporativa se añade junto al régimen fiscal, laboral y estabilidad político-social como elementos habituales del debate de la “competencia entre legislaciones” a tener en cuenta en la fundación y domiciliación de la SE en un país u otros.

VII. LA DIRECTIVA 2001/86/CE, DEL CONSEJO, DE 8 DE OCTUBRE DE 2001, POR LA SE QUE COMPLETA EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA EN LO QUE RESPECTA A LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES (DITSE).

La DITSE<sup>458</sup> es el “*complemento indisociable*” del RESE; aplicados “*concomitantemente*” constituyen un conjunto inescindible y complejo reguladores

---

<sup>457</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “Administración y control ...”, ob.cit., págs. 352-353.

<sup>458</sup> En relación con la DITSE se pueden ver entre otros, los trabajos de VASQUEZ F., “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva”, AAVV., Coord. ESTEBAN VELASCO, G./ FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob. cit., págs. 915-993; y en la misma obra el trabajo de CASAS BAAMONDE, M.E., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida”, págs. 995-1110; ANSÓN PEIRONCELY, R./GUTIÉRREZ DORRONSORO, C., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob. cit., págs.233-288; ESTEBAN VELASCO, G., “La participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?”, AA.VV. *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero. Vol. II*, Madrid, MacGraw Hill, 2002, págs. 1677-1737; ARRIGO, G., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. 52, págs. 13-29; MONEREO PÉREZ, J.L./ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A./ GARCÍA VALVERDE, M.D./ MALDONADO MOLINA, J.A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio sistemático y crítico de la Ley 31/ 2006, de 18 de octubre*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007; LUJÁN ALCARAZ, J., “La Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores”, *Aranzadi Social*, núm. 1/2002, disponible en <http://www.westlaw.es>; VALDÉS DAL-RE, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, *RdS*, núm. 29, 2008, págs. 207-232.

de un elemento clave del Mercado interior como es la SE, que garantizan la implicación de los trabajadores en el nuevo tipo societario, entendida como cualquier mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en las decisiones empresariales.

La base jurídica de la DITSE, superada la doble fundamentación de propuestas anteriores, se equipara con el RESE en el Art. 308 TCE (Art. 352 TFUE); se confirma así la creación de un nuevo instrumento de cooperación y concentración empresarial a nivel europeo que es necesario para alcanzar los fines y políticas del Tratado, pero que supera las previsiones de la armonización societaria y no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros debido a su dimensión comunitaria; en todo caso, las medidas comunitarias adoptadas (RESE y DITSE) quedan subordinadas a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del Art. 5 TCE. La DITSE es resultado de un largo proceso de elaboración que trata de solventar tanto cuestiones “político-sociales” como de “técnica jurídica”<sup>459</sup>.

Las cuestiones *político-sociales* están vinculadas con la *cultural sindical y democracia industrial* europea, y pretenden conciliar los ordenamientos nacionales con sistemas de cogestión o participación de los trabajadores en los órganos de gobierno societario y los que contemplan únicamente fórmulas de información y consulta de los trabajadores a partir de un órgano creado “*ad hoc*” del tipo de Comité de Empresa y de composición exclusivamente laboral. Por otro lado, todo proceso de concentración y reestructuración empresarial transnacional (SE) o de traslado internacional de la sede social (Art.8 RESE), lleva aparejado el riesgo de pérdida, reducción o quizás alteración de los derechos de los trabajadores al quedar vinculados a un ordenamiento distinto al de origen. En cualquier caso, se hace necesario establecer mecanismos que garanticen la adecuada consideración de los derechos de los trabajadores contemplados en los ordenamientos nacionales. La consecución de este fin, y tras el dilatado camino recorrido para la aprobación del Estatuto de la SE, la cuestión de la implicación de los trabajadores ha sido considerada como “*la más peliaguda de resolver*”<sup>460</sup> y ha sido necesario

---

<sup>459</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “La implicación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea en la Ley 31/2006 de transposición de la Directiva”, *R.D.B.B.* nº 105, enero- marzo 2007, págs. 180-194.

<sup>460</sup> Vid. VASQUEZ, F., “La participación de los trabajadores...”, *ob. cit.*, pág. 916.



acudir a una solución de compromiso, como la contenida en la DITSE, inspirada en los principios de “*autonomía de las partes interesadas*”<sup>461</sup> (los representantes de los trabajadores y de las sociedades) y el principio transaccional “*antes-después*”<sup>462</sup> que garantiza, en caso de fracaso de la solución negociada, acudir a las disposiciones de referencia donde se respetan y conservan los derechos de participación adquiridos por los trabajadores o un sector significativo de los afectados antes de la creación de la SE<sup>463</sup>.

Las cuestiones de *técnica jurídica* pretenden coordinar simultáneamente distintas legislaciones nacionales en supuestos de creación de SE transnacionales (por ejemplo, constitución una SE filial común con sede social en un Estado miembro diferente al de las sociedades matrices). Supuestos en los que se ven implicadas simultáneamente prácticas o disposiciones diferentes dentro de una misma estructura empresarial consecuencia de la más que probable deslocalización dentro de la Unión Europea de las sociedades matrices, filiales o centros de trabajo de una SE. La DITSE, aunque abandona los rasgos promocionales del sistema de cogestión de proyectos anteriores es heredera de una complejidad normativa fruto de factores tanto estructurales como genéticos,

---

<sup>461</sup> Vid. Considerando 8 DITSE: “*Los procedimientos concretos de información y consulta transnacional así como en su caso de participación de los trabajadores, aplicable a cada SE deberán definirse principalmente mediante un acuerdo entre las partes afectadas o, a falta de éste, mediante la aplicación de una serie de normas subsidiarias*”.

<sup>462</sup> Vid. Considerando 18 DITSE: “*La protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa es un principio fundamental y un objetivo declarado de la presente Directiva. Los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de las SE representan también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la SE (principio de antes- después)...*”.

<sup>463</sup> Las diferentes modalidades de constitución de una SE afecta de forma desigual a los sistemas de participación existentes en el seno de las sociedades fundadoras; así en los supuestos de constitución de SE por fusión o transformación afecta de forma mucho más importante que en la constitución de una SE holding o de una SE filial común, en la medida en que las sociedades fundadoras se ven forzadas a desaparecer como entidades jurídicas autónomas o modifican su *lex societatis*, arrastrando con ellas a los regímenes de participación existentes en su seno. El efecto perturbador es *a priori* menor en la SE holding y SE filial común, donde las entidades o sociedades promotoras mantienen su personalidad jurídica distinta y diferenciada de la nueva SE, aún cuando el centro de decisión real del grupo quede desplazado hacia la SE holding o parte de los trabajadores y actividades del grupo se integren en la SE filial común. Cfr. Considerando 10 DITSE. Vid. VASQUEZ, F., “La participación de los trabajadores ....”, *ob.cit.*, pág. 927.

además de la técnica legislativa<sup>464</sup> y redacción empleada que contribuye a aumentar la dificultades de interpretación y aplicación de la normativa. El laberinto normativo de disposiciones, prácticas nacionales y comunitarias en esta materia refuerzan la concepción de la naturaleza híbrida del tipo societario de la SE y plantean la DITSE como una solución de compromiso caracterizada por su flexibilización, moderación y pérdida de uniformidad.

### A. Principios que inspiran el régimen jurídico de la DITSE.

La implicación de los trabajadores en la SE responde a la máxima atribuida a Jacques Delors de "*pas de société européenne sans une certaine forme d'implication*" (no hay sociedad europea sin implicación)<sup>465</sup>, y su consolidación actual ha sido considerado por la doctrina como el "*paradigma del nuevo Derecho Social comunitario*"<sup>466</sup> con importantes repercusiones en el Derecho societario europeo por su vinculación con la Quinta Directiva de Sociedades.

Los principales principios que inspiran el régimen jurídico actual de la implicación de los trabajadores en la SE, son fruto de la notable labor desarrollada por el Grupo Davignon<sup>467</sup> en 1997, y se resumen en los siguientes:

El principio de la *necesaria implicación de los trabajadores* en la SE que presenta una doble cobertura normativa. De una parte, el considerando 19 RESE

---

<sup>464</sup> La Exposición de motivos de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas europeas, reconoce la transmutación de los instrumentos normativos reguladores de la SE: "*Asimismo, debe resaltarse que la regulación de la Directiva 2001/86/CE, por su contenido normativo y la necesaria coordinación de las disposiciones adoptadas para la transposición a sus ordenamientos internos, se asemeja en sus efectos a los propios de un reglamento comunitario y, por otra parte, la regulación del Reglamento (CE) núm. 2157/2001, dado el amplio margen de complementación que a las legislaciones de los Estados miembros y las múltiples remisiones concretas de su articulado, se aleja de los caracteres propios de este tipo de norma para acercarse a las directivas*".

<sup>465</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R., "La Sociedad Anónima Europea...", ob. cit., pág. 233; VALDÉS DAL-RÉ, F., "Los derechos de implicación de los trabajadores...", ob. cit., pág. 209.

<sup>466</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., "La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)", AAVV, Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima ...*, ob.cit., pág.1086.

<sup>467</sup> Vid. *ut supra* apartado D., epígrafe IV del Capítulo primero de la 2ª parte de este trabajo, sobre "Informe del grupo Davignon sobre implicación de los trabajadores en la SE".

establece que las disposiciones de la DITSE “constituyen un complemento indisoluble al presente Reglamento y deben aplicarse concomitantemente” y el Art. 12.2 RESE establece como condición indispensable para el registro de una SE que se haya adoptado algunas de las soluciones previstas por la DITSE sobre implicación de los trabajadores ya sea en la modalidad convencional o por aplicación de las normas subsidiarias. Por su parte, la DITSE tiene por único objeto regular la implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas (Art.1.1 DITSE) y “a tal fin se establecen disposiciones sobre implicación de los trabajadores en cada SE según el procedimiento de negociación previsto en los artículos 3 a 6 o, en las circunstancias contempladas en el artículo 7, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo” (Art.1.2 RESE).

El principio de *diversidad de modelos* (considerando 5 DITSE<sup>468</sup>) vinculado y consecuencia directa del principio de *primacía de la voluntad negocial de las partes interesadas* en la determinación del sistema de implicación de los trabajadores. Tal y como establece el considerando 8 DITSE “Los procedimientos concretos ....., aplicables a cada SE deberán definirse principalmente mediante un acuerdo entre las partes afectadas o, a falta de éste, mediante la aplicación de una serie de normas subsidiarias”. La negociación entre las partes es una “obligación” y en este sentido, la Sección II, en los Arts. 3 a 7 DITSE, bajo el epígrafe de “Procedimiento de negociación” diseña un complejo proceso de negociación iniciado con la constitución de una comisión negociadora a instancias de los órganos de administración o dirección de las sociedades participantes en el proyecto de constitución de la SE (Art. 3 DITSE). El procedimiento negociador<sup>469</sup> bajo la premisa de la obligación de negociar, tiene una duración legal máxima de un año a contar desde la fecha de constitución de la comisión negociadora (Art. 5 DITSE), y solo ante el fracaso de la fase negociadora por falta de acuerdo, se aplicarán las normas sobre implicación de los trabajadores dictadas por el Estado miembro del

---

<sup>468</sup> Cfr. “La diversidad de normas y de prácticas existentes en los Estados miembros respecto de la forma en que los representantes de los trabajadores están implicados en las decisiones de las empresas no aconseja que se establezca un modelo europeo único de implicación de los trabajadores aplicables a la SE”.

<sup>469</sup> Para un estudio más detallado del procedimiento de negociación instaurado por la DITSE, Vid. CASAS BAAMONDE, M.E., “La implicación de los trabajadores ...”, ob. cit., págs. 1027 - 1048.

domicilio social de la SE en el marco de las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva (Art. 7 RESE).

El principio de mayor transcendencia desde el punto de vista político en el proceso legislativo de la SE, es sin duda la regla denominada “antes-después”<sup>470</sup>, como principio fundamental y objetivo declarado de la DITSE para regular los derechos de implicación de los trabajadores en la SE. El único límite impuesto por la DITSE a la libertad negocial es el respeto de los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de la SE, regla que se conserva durante toda la existencia de la SE y aún en supuestos de modificaciones estructurales posteriores<sup>471</sup>. Los derechos objeto de protección bajo este principio son todos aquellos que integren la esfera jurídica de los trabajadores independientemente de su origen legal, convencional o derivados de situaciones de hecho. El principio de “antes- después” opera en dos planos diferentes: a) primero, es un límite al principio de “*primacía de la voluntad negocial o negociación colectiva*” verdadera piedra angular del sistema de implicación de la SE<sup>472</sup>, y actuará sólo en los supuestos expresamente previstos por la norma, esto es, cuando suponga una rebaja de los derechos de participación de los trabajadores y bajo las mayorías reforzadas comunitarias según las modalidades de constitución de la SE (Art. 3.4 DITSE) y en los supuestos de constitución de una SE por

---

<sup>470</sup> Principio plateado por primera vez en el Informe del Grupo Davignon. Vid. Por todos, VALDÉS DAL- RE, F., “La implicación de los trabajadores ...”, ob. cit., pág. 1098; CASAS BAAMONDE, M.E., “La implicación de los trabajadores...”, ob.cit.,pág. 1026; ANSÓN PEIRONCELY, R., *La Sociedad Anónima Europea...*,ob.cit., págs.254-258; VASQUEZ, F., “La participación de los trabajadores ...”, ob.cit., pág. 925; FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, I., “El futuro del derecho de sociedades...”, ob. cit., pág.7

<sup>471</sup> Cfr. Considerando 18 DITSE:“*La protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa es un principio fundamental y un objetivo declarado de la presente Directiva. Los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de las SE representan también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la SE (principio de antes-después). Esta consideración es válida en consecuencia no sólo para la nueva constitución de una SE sino también para las modificaciones estructurales de una sociedad europea ya constituida y para los procesos estructurales de modificación de las sociedades de que se trate*”.

<sup>472</sup> La elección de la negociación colectiva como fuente primaria de establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores permite a las partes elegir el sistema que más les conviene y mejor se corresponde con la cultura nacional y la empresa afectada. Vid. CASAS BAAMONDE, M.E., “La implicación de los trabajadores ...”, ob.cit., pág. 1023.

transformación del Arts.3.6, párrafo 3 y 4.4 DITSE<sup>473</sup>; b) en segundo lugar, en el ámbito de las Disposiciones de referencia, el principio antes-después operará en función de la modalidad de constitución prevista y conforme a lo previsto en el Art.7.2 DITSE, del que cabría destacar su *“complejidad sofocante resultado del difícil equilibrio de los objetivos que pretende cubrir: proteger los droits acquis en los Estados miembros que cuentan con vías de participación de los representantes de los trabajadores en los órganos de la sociedad y contener la implantación de estas vías en los Estados miembros que no las regulan”*<sup>474</sup>.

Y por último, el *“principio de primacía de la DITSE”* (Art.13 DITSE y considerando 14) sobre otras disposiciones comunitarias o nacionales, de tal manera que la SE, sus filiales y establecimientos no quedan vinculados por las normas contenidas en la Directiva 94/45/CE<sup>475</sup> sobre constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, ni por las correspondientes disposiciones nacionales para la incorporación de la misma. El legislador comunitario evita el posible conflicto con disposiciones comunitarias o nacionales con idéntico objetivo y campo de aplicación consagrando *la primacía de la DITSE*<sup>476</sup> como norma especial sobre la norma general. La SE queda regulada de forma exclusiva y excluyente por la DITSE y disposiciones nacionales de transposición de la misma<sup>477</sup>. En este sentido, la

---

<sup>473</sup> Art. 4.4 DITSE: *“... cuando la SE se constituya mediante transformación, el acuerdo deberá estipular un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse en SE”*. Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R., *La sociedad anónima ...*, ob. cit., pág. 256; MONEREO PÉREZ, J. L./FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A./GARCÍA VALVERDE, M.D./MALDONADO MOLINA, J.A., *La participación de los trabajadores...*, ob. cit., págs. 159 - 161 y 176-181.

<sup>474</sup> Vid. VALDÉS DAL-RE, F., *« La implicación de los trabajadores... »*, ob. cit., pág. 1101.

<sup>475</sup> DOUE L 254 de 30.9.1994. Directiva modificada por Directiva 97/74/CE (DOUE L 10 de 16.01.1998).

<sup>476</sup> Vid. Sobre esta cuestión VALDÉS DAL-RE, F., *“La implicación de los trabajadores.....”*, ob. cit., págs. 1091-1094, especialmente 1093.

<sup>477</sup> La Disposición Adicional primera de la Ley 31/2006, de 18 de octubre (LITSE) implementa estas mismas previsiones adaptándolas a la legislación nacional, así en el apartado 1: *“Cuando una SE sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, en el sentido previsto en la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupo de empresas de dimensión comunitaria, o en las legislaciones de los demás Estados miembros por las*

DITSE con efecto directo horizontal actúa como un reglamento comunitario y garantiza la efectividad de un complejo sistema de implicación de trabajadores en la SE, diseñado expresamente y exclusivamente para la nueva estructura empresarial transnacional generada por la SE.

### **B. Ámbito de aplicación y contenido de la DITSE.**

El contenido y ámbito objetivo de aplicación de la DITSE depende de la definición conceptual y terminológica de las prácticas contenidas en la misma. El legislador comunitario define los términos “participación” e “implicación” para conciliar y aclarar los justos términos del debate en el que se desenvuelve la Directiva y el alcance de los principales sistemas de representación de los trabajadores<sup>478</sup>. En este sentido, *la implicación de los trabajadores* es el término genérico referido a todas aquellas prácticas relacionadas con el derecho de información, consulta, participación y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en las decisiones que se adopten en la empresa (Art. 1, h DITSE); mientras que el término “*participación*” queda reservado a la práctica específica caracterizada por “*la influencia del órgano de representación de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante: el derecho de elegir o designar determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, o el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad*” (Art. 1.k DITSE).

Los derechos de consulta e información de los trabajadores conforman el nivel mínimo de implicación exigible en cualquier empresa de la Unión Europea merced a la Directiva 94/54/CE sobre Comités de Empresa para empresas de grandes dimensiones, y por tanto también lo serán en la SE pero a escala

---

*que se da aplicación a lo dispuesto en la Directiva 94/45/CE del Consejo, ... no se aplicarán, ni a ella ni a sus filiales, las disposiciones de dichas legislaciones, salvo en el caso de que la comisión negociadora haya adoptado, de conformidad con lo dispuesto en el 8.2 de esta Ley el acuerdo de no iniciar negociaciones o de poner fin a las negociaciones ya iniciadas”*

<sup>478</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J. L./FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A./GARCÍA VALVERDE, M.D./MALDONADO MOLINA, J.A., “La participación de los trabajadores...”, ob.cit., págs. 28 - 31.

transnacional<sup>479</sup>. La DITSE define el derecho de información (Art. 2.i)DITSE) como, “la transmisión, por el órgano competente de la SE al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquier de sus filiales o establecimientos situados en otro Estado miembro o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la SE”. El derecho de consulta (Art. 2. j) DITSE) referido a “ la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores y el órgano competente de la SE, en un momento, de un modo y con un contenido, que permitan a los representantes de los trabajadores, a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tenida en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la SE”. El contenido de estos derechos en la interpretación dada por STJCE de 29 de marzo de 2001 asunto *Bofrost* (62/99, rec. 2001, p. I-2579) comprende “la entrega de documentos que precisen y aclaren la información imprescindible para el mismo fin, siempre que la entrega resulte necesaria”.

El complejo y particular contenido normativo<sup>480</sup> de la DITSE distingue las disposiciones consideradas de carácter “principal” de las disposiciones “accesorias”. Las *disposiciones principales* aplicables a toda SE cuyo domicilio social se encuentre en un Estado miembro y que surtirán efectos sobre el conjunto de la SE, de sus filiales y establecimientos con independencia de que se encuentren situados en ese concreto Estado miembro o en otro. Por su parte, las *disposiciones*

---

<sup>479</sup> Cfr. Considerando 6 DITSE: “En todos los casos de constitución de SE deberán asegurarse los procedimientos de información y consulta a escala transnacional”.

<sup>480</sup> Vid. En el apartado II, párrafo séptimo de la Exposición de motivos de la Ley 31/2006, de 18 de octubre LITSE, expresamente se reconoce que “la Directiva 2001/86/CE constituye un texto de aplicación compleja, dado que la consecución del objetivo de establecer la implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea, con trascendencia transnacional, obliga a la actuación conjunta y coordinada de tantas normas nacionales de transposición como Estados miembros de la Unión Europea y, como consecuencia de la Decisión núm. 89/2002, del Comité mixto del Espacio Económico Europeo, de 25 de junio de 2002, también de las de los países del Espacio Económico Europeo a los que se extiende su aplicación (Noruega, Islandia y Liechtenstein)”. Para añadir en el párrafo siguiente, que de Directiva por su contenido se asemeja en sus efectos a los propios de un reglamento comunitario.

*accessorias* se aplican exclusivamente a las filiales y centros de trabajo situados en el territorio de un Estado miembro diferente al de la sede social de la SE; estas disposiciones tienen carácter instrumental y su ámbito de aplicación se limita al territorio del Estado miembro de que se trate<sup>481</sup>.

La transnacionalidad o vocación europea de la SE determina el ámbito subjetivo de aplicación de la DITSE “exclusivo” para la SE, sus filiales y establecimientos o centros de trabajo con independencia de su localización en el mismo Estado miembro o en otros, y “excluyente” respecto de los restantes tipos societarios nacionales que no se verán afectados por la Directiva, además del principio de primacía del que disfruta la DITSE respecto de otras normas comunitarias o nacionales de mismo rango y contenido (Art. 13 DITSE).

Por último, una de las particularidades más significativas de la DITSE son sus “Disposiciones de referencia” aplicables cuando concurren los requisitos previstos por complejo Art. 7 DITSE y cuyo contenido material está regulado en los Anexos 1 a 3 de la Directiva. La DITSE ha seguido el modelo institucional introducido por la Directiva 94/45/CE, y de él toma la preferencia por el modelo negocial (las partes interesadas deciden directamente el modelo de implicación aplicable inicialmente a la SE) y en su defecto, se acude a las normas de referencia o normas subsidiarias, que tienen la condición de “*normas de segundo grado*”<sup>482</sup> y con la particularidad de no operar automáticamente, sino cuando así lo decidan las partes o no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo máximo de un año desde la fecha de constitución de la comisión negociadora (Art. 7.1 DITSE<sup>483</sup>).

---

<sup>481</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., « Los derechos de implicación de los trabajadores... », ob. cit., pág. 210; VASQUEZ, F., “La participación de los trabajadores...”, ob. cit., pág. 932.

<sup>482</sup> Vid. VALDÉS DAL – RE, F., “La implicación de los trabajadores...”, ob. cit., pág. 1101.

<sup>483</sup> Art. 7.1 DITSE “*A fin de asegurar la consecución del objetivo descrito en el artículo 1, los Estados miembros establecerán, sin perjuicio del apartado 3 siguiente, disposiciones de referencia sobre la implicación de los trabajadores, que deberán cumplir las disposiciones previstas en el Anexo. Las disposiciones de referencia previstas por la legislación del Estado miembro en el vaya a situarse la sede social de la SE se aplicarán a partir de la fecha de la inscripción de la SE:*

a) *Cuando las partes así lo decidan; o*

b) *Cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo establecido por el artículo 5 y*

a. *Los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes decida aceptar la aplicación de las disposiciones de referencia relativas a la SE y continuar el procedimiento de registro de la SE; y*



Por otro lado, los apartados 2 y 3 de este mismo artículo 7DITSE, establece normas especiales en materia de participación cuyo contenido difiere dependiendo de la modalidad de constitución seleccionada para la SE, esto es, según se trate de una SE por transformación (Art. 7.2 a) DITSE), en los supuestos de SE por fusión (Art. 7.2 b) DITSE) o en los supuestos de constitución de SE Holding o filial común (Art. 7.2 c) DITSE). El propósito de estas disposiciones es la moderación de la remisión a las normas subsidiarias, por lo que será necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en este precepto (manifestación del principio “antes –después” atendiendo a los modelos de participación existentes con anterioridad) para acudir a las “disposiciones de referencia” del anexo de la DITSE. El apartado 3 del Art. 7 DITSE contiene la cláusula “opting out” “Los Estados miembros podrán prever que las disposiciones de referencia contempladas en la parte 3 del anexo no se apliquen en caso previsto en la letra b) del apartado 2”. El supuesto hace referencia a la constitución de una SE mediante fusión, de tal suerte que las normas de referencia para la participación (Parte 3 anexo) puedan obviarse siempre que ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por las normas de participación antes de la inscripción de la SE, de tal suerte, que la SE no estará obligada a establecer disposiciones en materia de participación de trabajadores<sup>484</sup>. Las consecuencias derivadas para estos Estados miembros que recurran a la cláusula “opting out” hay que ponerla en conexión con lo dispuesto por el Art.12.3 RESE<sup>485</sup> que condiciona el registro de la SE a la concurrencia de alguna de las dos siguientes circunstancias: la vigencia de un acuerdo de implicación en la que se incluya la modalidad de la participación de los trabajadores, o la inaplicación en el ámbito de las sociedades participantes de normas nacionales sobre participación, antes de su inscripción como SE.<sup>486</sup>

---

b. *La Comisión negociadora no haya adoptado la decisión prevista en el apartado 6 del artículo 3.*”

<sup>484</sup> Cfr. Parte 3: Disposiciones de referencia para la participación. Anexo de la DITSE.

<sup>485</sup> Art. 12.3 RESE: “Para que una SE pueda registrarse en un Estado miembro que haya ejercido la potestad a que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Directiva 2001/86/CE, o bien deberá haberse celebrado un acuerdo de implicación – incluida la participación- de los trabajadores en virtud del artículo 4 de la mencionada Directiva, o bien ninguna de las sociedades participantes deberá haber estado sujeta a las normas de participación antes de la inscripción de la SE”.

<sup>486</sup> Vid. VALDÉS DAL –RÉ, F., «La implicación de los trabajadores...”, ob. cit., pág. 1105; ANSÓN PEIRONCELY, R., *La Sociedad Anónima ...*, ob.cit. pág. 113, en relación a esta materia

---

es muy esclarecedor: “... el coste que tendrá que asumir los Estados miembros que no quieran incorporar normas sobre participación de los trabajadores – siquiera para la SE- a su ordenamiento interno y ejerzan la opción de opting out, será alto: no poder atraer a las SE que se encuentren en la tesitura descrita en el artículo 12.3 RESE, con la consiguiente pérdida de competitividad empresarial a favor de otro Estado miembro que no haya ejercido la opción de la participación”.

---

## CAPITULO TERCERO.

### CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA SE. FUENTES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA.

#### I. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: CONCEPTO.

La naturaleza híbrida comunitaria-nacional del RESE y DITSE obstaculizan la configuración de un tipo societario único y uniforme en la Unión Europea. La actual SE no es una Sociedad de Derecho europeo (*europäischen Aktiengesellschaft*) y tampoco es una sociedad de Derecho nacional uniforme o sociedad genuina de tipo europeo<sup>487</sup>. La SE es un instrumento al servicio de la reestructuración y cooperación supranacional de las empresas europeas, que mediante una compleja operación de reestructuración empresarial crea un nuevo tipo societario con personalidad jurídica comunitaria impuesta por el Ordenamiento comunitario y caracterizada por unos rasgos morfológicos y tipológicos europeos mínimos, que son completados necesariamente por las variantes nacionales definidas a partir de la sede real efectiva de la nueva sociedad.

El contenido de los Arts. 1, 4 y 11 RESE aportan un concepto descriptivo de la nueva Sociedad Europea creada, entendida como: “... una Sociedad Anónima, con dimensión multinacional europea y constituida en el territorio de la CE, con una denominación en la que obligatoriamente figurarán las siglas SE, con capital que tiene que tener una cuantía mínima, estar expresado en euros y dividido en acciones, dotada de

---

<sup>487</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Características generales ...”, ob.cit., pág. 63; Vid. MINERVINI, G., “Alcuni problemi connessi...”, ob. cit., pág. 985. La concepción original de una sociedad nacional de tipo europeo defendida por el Gobierno francés (Note de Gouvernement français sur la création d’une société commerciale de type européen, de 15 de marzo de 1965) implicaba un nuevo derecho uniforme común para todos los Estados miembros que se incorporaba a sus legislaciones nacionales. La actual configuración de la SE deja a la discrecionalidad de los Estados miembros las medidas precisas para incorporar a sus Ordenamientos el nuevo tipo social, perdiendo parte de la uniformidad inicialmente pretendida.

*personalidad jurídica y con limitación de responsabilidad de los accionistas, con estructura orgánica corporativa y con un sistema de implicación de los trabajadores en su gobierno*<sup>488</sup>”.

La caracterización jurídica de la SE es el resultado de la definición de sus rasgos imperativos esenciales o morfológicos y sus rasgos tipológicos funcionales, extrapolados de los principios y régimen jurídico comunitario común a cualquier SE, independientemente del Estado miembro donde sitúe su domicilio social o sede real efectiva.

#### **A. Los rasgos morfológicos de caracterización de la SE.**

Los rasgos morfológicos<sup>489</sup> de caracterización jurídica de la SE la distinguen en abstracto de otras formas societarias sin tener en cuenta sus posibilidades funcionales. Son aquellos elementos fundamentales de orden imperativo que van implícitos en la elección de la SE como categoría de reestructuración y organización societaria, considerados como principios configuradores del tipo societario que facilitan *ad intra* el diseño de un modelo organizativo diferenciado y permiten *ad extra* el reconocimiento social de la SE y su adscripción a un concreto régimen jurídico. Se trata por tanto, de elementos no excluibles ni modificables por disposición estatutaria o voluntad negocial de las partes, salvo disposición legal expresa comunitaria o nacional. Los rasgos morfológicos diferenciadores del tipo societario de la SE son:

a) Personalidad jurídica comunitaria corporativa (Art. 1.3 y 16 RESE). La Sociedad anónima europea sigue el arquetipo de las corporaciones capitalistas y disfruta de la atribución de la personalidad jurídica como sociedad externa (inscripción y publicidad registral). El atributo de la personalidad jurídica

---

<sup>488</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L. A., “Características generales ...”, *ob.cit.*, pág. 72; HOMMELHOFF, “Einege Bemerkungen zur Organisations-verfassung der Europäischen Aktiengesellschaft”, *AG*, núm.6, 2001, pág.280.

<sup>489</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., “La Sociedad Anónima (I): Caracterización”, *AAVV. Dir.* ALONSO ESPINOSA, F.J., *Curso Fundamental de Derecho ...Vol. II.*, *ob.cit.*, págs. 125- 133; MENÉNDEZ, A./ VAQUERIZO ALONSO, A., “Concepto, denominación y carácter mercantil de la sociedad anónima”, *AAVV.*, *Dir.* URÍA, A./ MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las Sociedades mercantiles*, Cizur-Menor, Thomson-Civitas, 2007, págs.48-55.

comunitaria le proporciona un régimen general propio en el espacio europeo similar al de las personas jurídicas nacionales<sup>490</sup>; la SE tiene una denominación, un domicilio, capacidad jurídica sustantiva y procesal de la que deviene su autonomía patrimonial respecto de los socios y tiene una organización que incluye la representación orgánica para su gobierno y relaciones con socios y terceros:

i) La existencia de un patrimonio propio y evaluable económicamente de la SE. El patrimonio social formado inicialmente por las aportaciones de los socios al capital social no está regulado por el RESE; esta laguna legal se colma por el sistema de remisión general a las disposiciones nacionales sobre sociedades anónimas en materia de aportaciones (Arts. 36-41LSA para una SE con domicilio en España).

ii) Existe una relación de alteridad entre la SE y cada uno de sus socios, además de la existente entre la SE y los terceros con los que entabla relaciones jurídicas reales o de hecho;

iii) La imprescindible estructura corporativa de la SE exige la intervención necesaria de unos órganos sociales, la Junta general y el órgano de gobierno del Título III del RESE. La particularidad del régimen jurídico de la SE le permite optar en sus Estatutos sociales entre un sistema de administración monista (órgano de administración) o dualista (órgano de dirección y órgano de control)<sup>491</sup>.

iv) La denominación social de la Sociedad anónima europea en la que necesariamente deberán aparecer delante o detrás las siglas "SE" (Art. 11 RESE).

---

<sup>490</sup> Vid. COLINO MEDIAVILLA, J.L., "Personalidad jurídica", AAVV. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario ...*, ob.cit., pág. 905.

<sup>491</sup> Vid. Art.327 LSA. El legislador español no ha generalizado la opción estatutaria de elección entre sistema monista o dualista de administración para todas las Sociedades anónimas, a la espera de que la práctica permita apreciar si las SE domiciliadas en España prefieren el sistema monista o el dualista, y en este último supuesto, cuáles son los principales problemas operativos de este modelo de organización. Cfr. Exposición de motivos, apartado III in fine, de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España.

v) Domicilio social de la SE dentro de la Comunidad. El RESE inspirado en la teoría de la sede real vincula el domicilio social de la SE con el Estado miembro donde se sitúe la administración central de la sociedad como manifestación de la vinculación real y efectiva con la economía de ese Estado. La administración central de la SE determina el lugar del domicilio social (Art. 7 RESE y Art. 312 LSA); en los supuestos de SE domiciliadas en España se establece el plazo de un año para regularizar las situaciones disonantes, bien trasladando el domicilio social al Estado miembro en el que tenga su administración central, bien volviendo a implantar la administración central en España; transcurrido ese plazo sin la oportuna regularización, se incurre en causa legal de disolución de la SE pudiendo el Gobierno designar a la persona que se encargue de intevenir y presidir la liquidación y garantice la legalidad del procedimiento (Art. 313 LSA).

vi) La “nacionalidad europea”<sup>492</sup> no es un atributo esencial de la SE. La particularidad de la SE reside en su vinculación directa al Ordenamiento jurídico comunitario, sin atribución expresa de la nacionalidad de ningún Estado Miembro, ni siquiera la de su domicilio social<sup>493</sup>. La “supranacionalidad” y vocación europea de la SE, a diferencia de las personas físicas que recurren a la “ciudadanía europea” como *status civilis* necesario para la libre circulación intracomunitaria, permite su movilidad intracomunitaria en las condiciones fijadas por el instituto del traslado intracomunitario del domicilio social (Art. 8 RESE). No puede predicarse *strictu sensu* la nacionalidad europea para la SE no obstante, es innegable el

---

<sup>492</sup> VID. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad...”, ob. cit. pág 132. La doctrina no reconoce a SE la “nacionalidad europea”. La nacionalidad en el Derecho societario y personas jurídicas en general, es el instituto jurídico tradicionalmente utilizado como punto de conexión para la determinación de la *lex societatis*; en los supuestos concretos de SE y SCE, la *lex societatis* se vincula directamente con el Estado miembro donde las Sociedades establezcan su domicilio social por disposición expresa del RESE, pero en ningún caso sería conveniente la referencia a una Sociedad europea francesa, sociedad europea alemana, etc... Se puede hablar de la SE como una “sociedad de derecho europeo”.

<sup>493</sup> Vid. QUIJANO GONZÁLEZ, J., “La Sociedad Anónima Europea...”, ob. cit., pág. 4301.

reconocimiento de una “marca comunitaria<sup>494</sup>” o cierta “ciudadanía europea<sup>495</sup>” de la SE como forma societaria que aumenta el repertorio de los tipos sociales legales existentes en cada país añadiendo a ellos el tipo uniforme de la SE que asegura su continuidad jurídica en el espacio europeo.

b) Forma social típicamente despersonalizada o desprovista de *intuitus personae*.

La condición de socio se adquiere por la titularidad de las acciones de la SE. Las acciones como partes alícuotas del capital social, como posiciones de socio objetivizadas y como valores mobiliarios, contribuyen a la fungibilidad y al carácter impersonal de la condición de socio. En cuanto al régimen aplicable a las acciones, el RESE se remite a las legislaciones de los Estados miembros donde tenga el domicilio social la SE.

c) Sociedad de responsabilidad limitada.

Los socios de la SE sólo responden hasta el límite del capital que hayan suscrito (Art. 1.2 RESE). El beneficio de la responsabilidad limitada de los accionistas solo puede ser perturbado para atender al pago de deudas sociales en los supuestos de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica y por las excepciones puntuales previstas en las legislaciones nacionales.

d) Sociedad capitalista.

La SE como sociedad capitalista disfruta de la organización financiera y societaria que proporciona el capital social como instituto jurídico. El capital social mínimo y común a cualquier modalidad de constitución de SE es de 120.000 Euros totalmente suscrito y desembolsado (Art. 4 RESE) y su régimen jurídico está regulado por las disposiciones nacionales aplicables a las sociedades anónimas (capitalización mínima, determinación, integridad, estabilidad y correspondencia mínima entre capital y patrimonio). El capital social de la SE

---

<sup>494</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “La Sociedad Europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 8, 2003, pág. 224.

<sup>495</sup> Vid. LENOIR, N., “Pourquoi choisir le statut de société européenne ? », *Revue Lamy Droit des Affaires*, núm. 17, junio 2007, pág. 77.

cumple como en las SA las funciones financiera, de garantía y organización interna de las relaciones entre la sociedad y sus accionistas.

e) La SE es una sociedad de segundo grado.

La consideración de la SE como sociedad de segundo grado o sociedad de sociedades preexistentes es uno de los rasgos morfológicos esenciales y necesarios para que la SE cumpla su función de concentración, cooperación y reestructuración empresarial a nivel europeo. Es además una limitación a la unipersonalidad originaria de la SE en los modos de constitución originarios (fusión, holding, filial y transformación), que exigen la participación de al menos dos sociedades o entidades con vocación europea, sin perjuicio de una unipersonalidad sobrevenida. La constitución de una SE está condicionada por limitaciones de carácter subjetivo (acceso permitido únicamente a los tipos societarios del Anexo I y II del RESE y que sean *plurinacionales*<sup>496</sup>, excluidas en todo caso la personas físicas) y limitaciones objetivas al establecer un número *clausus* de modalidades de acceso a la SE (Art. 2 RESE).

f) Sociedad con implicación de los trabajadores.

El RESE y DITSE forman un bloque normativo que “*deben aplicarse concomitantemente*” (cfr. Considerando 19 RESE). Las pretensiones de la Directiva de fomentar los objetivos sociales de la Comunidad justifica la adopción de disposiciones especiales en el ámbito de la implicación de los trabajadores, “*destinadas a garantizar que el establecimiento de las SE no suponga la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas que participan en la creación de las SE...*” (Considerando 3 DITSE).

La implicación de los trabajadores en la SE es un rasgo esencial de caracterización y diferenciación del tipo societario comunitario, congruente con las pretensiones comunitarias de constituir un espacio único económico y socialmente avanzado<sup>497</sup>. Se definen los rasgos morfológicos de caracterización de

---

<sup>496</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad ...”, ob. cit., pág. 31.

<sup>497</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE CORDOBA CLAROS, I., “El futuro del Derecho de Sociedades en Europa: a propósito del Estatuto e la Sociedad Anónima Europea”, *Diario la Ley*, núm. 5465, enero 2002, pág. 6.



la SE en materia de implicación de los trabajadores por imperativo legal, mediante:

*i) El ámbito de aplicación de la Directiva.*

Desde una perspectiva subjetiva, la DITSE afecta a todos los trabajadores de la SE, de sus filiales y de todos aquellos establecimientos situados en el interior de la Comunidad, excluyéndose únicamente a trabajadores de filiales de la SE o establecimientos situados en terceros países. Desde una perspectiva material u objetiva, lo dispuesto en la Directiva no afecta a “*otras cuestiones objeto de legislación laboral o social*”<sup>498</sup> reguladas por las disposiciones nacionales aplicables a las sociedades anónimas, además la protección de la DITSE no se limita al momento fundacional y constitutivo de la SE sino que se extiende a “*las modificaciones estructurales de la Sociedad Europea ya constituida y para los procesos estructurales de modificación de las sociedades de las que se trate*”<sup>499</sup>.

*ii) El sistema de implicación de los trabajadores como requisito sine qua non para la inscripción de la SE*<sup>500</sup>. El Art. 12.2 RESE establece que no puede practicarse la inscripción de la SE, salvo que: 1) se haya alcanzado un acuerdo sobre la implicación de los trabajadores entre éstos y las entidades involucradas en la constitución de la sociedad; 2) o bien se haya decidido por los representantes de los trabajadores no iniciar negociaciones o terminar las ya iniciadas, con la consiguiente aplicación de las disposiciones sobre derechos de información y consulta vigentes en los Estados miembros en los que la SE tenga trabajadores; 3) o finalmente haya expirado el plazo de seis meses (y su eventual prórroga de otros seis meses más) contados desde el inicio de las negociaciones, sin haberse alcanzado un acuerdo, en cuyo caso resultará de aplicación el régimen supletorio de implicación de los trabajadores, esto es, las llamadas Disposiciones de referencia, adoptadas por los Estados miembros en cumplimiento de la transposición

---

<sup>498</sup> Cfr. Considerando núm. 21 RESE y considerando 15 DITSE: «*Lo dispuesto en la presente Directiva no debe afectar a otros derechos de implicación de los trabajadores existentes ni afecta necesariamente a otras estructuras de representación existentes y establecidas por las prácticas comunitarias y nacionales*».

<sup>499</sup> Vid. Considerando 18 in fine de la DITSE.

<sup>500</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R., *La Sociedad Anónima...*, ob. cit., pág. 239;

de la Directiva (Ley 31/2006 de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas<sup>501</sup>);

*iii) Diversos modelos de implicación de trabajadores disponibles para la SE.* Las modalidades de participación de los trabajadores se supeditan a los acuerdos alcanzados por las partes en la fase negociadora y a las modalidades previstas por las disposiciones nacionales al transponer la DITSE según las Disposiciones de referencia del Anexo I, parte 3 de la Directiva. No obstante, la “cláusula *opting out*” del Art. 7.3 DITSE deja a la discrecionalidad de los Estados miembros la aplicación de las disposiciones de referencia en los supuestos de constitución de SE por fusión siempre que se den determinados requisitos. En cualquier caso, una vez adoptado un sistema de implicación de trabajadores para la SE se aplica a todos los trabajadores de las SE, de sus filiales y establecimientos situados en el interior de la Comunidad.

*iv) Por último, los principios fundamentales que inspiran el sistema de implicación de los trabajadores de la SE son:* el principio de autonomía de voluntad o carácter negocial del sistema, el principio *antes – después* y la garantía de los derechos adquiridos por los trabajadores.

g) La mercantilidad de la SE.

La mercantilidad reconocida expresamente en el Art.1.3 PRESE de 1989 señalaba que “...cualquiera que sea su objeto social, será mercantil”. La Exposición de Motivos de la Cuarta Propuesta de RESE justifica la desaparición expresa de este criterio (ausente también en el actual RESE), porque algunos Estados miembros no reconocen la distinción entre sociedades mercantiles y otros tipos de sociedades y una disposición como la referida causaba enormes dificultades; además, en todo caso, la SE se equipara en cada Estado miembro a las Sociedades anónimas de Derecho Nacional de tal manera que los criterios nacionales de diferenciación por la mercantilidad queden garantizados.

La mercantilidad de la SE depende del régimen jurídico aplicable a la SA en cada legislación nacional. Para los EEMM que carecen en sus Ordenamientos de

---

<sup>501</sup> BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006.

tal distinción, este criterio es irrelevante, pero no así para aquellos Estados miembros cuya tradición jurídica revela la distinción entre sociedades mercantiles y civiles. Los Ordenamientos que mantienen el criterio de la mercantilidad, siguen dos modelos: a) Ordenamientos que consideran que todas las SA son mercantiles con independencia de su objeto, la mercantilidad por la forma - *Formkaufmann* (España -Art. 3 LSA- y Alemania Art.3 AktG); b) Ordenamientos donde la mercantilidad depende de la naturaleza del objeto social, coexistiendo las SA mercantiles y SA civiles (Bélgica Art.3. 2 de su Código de Sociedades de 1999<sup>502</sup>).

### B. Los rasgos tipológicos de caracterización de la SE.

Los rasgos tipológicos de caracterización de la SE están referidos a su función específica y posibilidades prácticas que ofrece el tipo normativo puesto por el legislador a disposición de los particulares para facilitar sus transacciones en el mercado. Los rasgos tipológicos de la SE quedan así vinculados con la dimensión económica de la empresa como circunstancia determinante de la diferenciación legislativa que complementan a los rasgos morfológicos de caracterización o de forma<sup>503</sup>. Tradicionalmente, la SE se ha definido como el típico *instrumento vinculado a la integración comunitaria*<sup>504</sup> de las sociedades europeas diferenciando distintos niveles de integración europea en función de los fines organizativos pretendidos en la elección del tipo societario SE<sup>505</sup> (fusión, holding, filial común o transformación). El nivel básico de integración pretendido por la SE está relacionado con el objetivo comunitario de la consecución de un Mercado Interior europeo en el que las estructuras organizativas empresariales europeas alcancen la competitividad requerida por una Economía globalizada<sup>506</sup> mediante el reconocimiento de la libertad de circulación de las personas jurídicas

---

<sup>502</sup> Art. 3.2 “*La nature civile ou commerciale d’une société est déterminée par son objet*». Disponible en <http://www.doritbelge.be/codes>.

<sup>503</sup> Vid. MENÉNDEZ, A./ VAQUERIZO ALONSO, A., “Concepto, denominación ...”, ob.cit., pág.39.

<sup>504</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Características generales de la SE ....”, ob. cit., pág. 65.

<sup>505</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, S., “El proceso de constitución de una Sociedad Europea Holding”, *RdS, monografía asociada al núm. 31*, 2008, pág. 40.

<sup>506</sup> Vid. Libro Blanco del Mercado Común.

en el espacio europeo y el derecho de establecimiento en cualquier EEMM en las mismas condiciones que las sociedades nacionales.

Así, el primer rasgo tipológico se vincula a la instrumentalización de la SE al servicio del derecho de establecimiento (Arts. 49-54 TFUE<sup>507</sup>) y libertad de circulación de las personas jurídicas. El procedimiento legalmente previsto por el Art.8 RESE posibilita la movilidad intracomunitaria de la SE y el traslado de su domicilio social de un Estado miembro a otro conservando su personalidad jurídica, sin necesidad de acudir a los criterios de Derecho internacional privado de los Estados miembros que obligarían, en determinados supuestos, a la extinción y liquidación de la sociedad que se traslada y constitución de nueva sociedad en el Estado de destino.

El segundo rasgo tipológico se vincula a la función económica de la SE como instrumento de reestructuración, concentración y cooperación empresarial<sup>508</sup> que permite la reorganización de los factores de producción a nivel comunitario. La SE elimina determinadas barreras jurídicas, económicas (reducción de costes) y psicológicas propias de los procesos de reestructuración empresarial intracomunitaria merced a una estructura tipificada y común en todas las legislaciones nacionales como es la SE. Cada una de las modalidades fundacionales previstas para la SE responde a unos concretos objetivos de concentración (SE por fusión), reestructuración (SE holding o transformación de SA en SE) y/o cooperación (creación de SE filial común) empresarial intracomunitaria de las sociedades fundadoras que va más allá de una simple modificación estatutaria de las sociedades promotoras y afecta a su estructura patrimonial y/o personal. Desde una perspectiva funcional y sistemática<sup>509</sup>, en

---

<sup>507</sup> Arts.43-48 TCE.

<sup>508</sup> Cfr. Considerando núm. 3 del RESE.

<sup>509</sup> Desde la entrada en vigor de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles, el 4 de julio de 2009 (Disposición final octava), la expresión "modificación estructural" deja de ser una categoría doctrinal y engloba a las operaciones societarias de transformación, fusión, fusión transfronteriza comunitaria, escisión, segregación y cesión global de activo y pasivo, superando el debate doctrinal en torno a la naturaleza jurídica de este tipo de operaciones. Vid. ESTEBAN RAMOS, L.M., *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, Monografía asociada RdS núm.28, 2007, págs. 49-50; ALONSO ESPINOSA, F./LÁZARO SÁNCHEZ, E., "Fusión y escisión de sociedades", AAVV. Dir. ALONSO ESPINOSA,

nuestra opinión, cualquier proceso fundacional de la SE reúne las características de una modificación estructural supranacional comunitaria<sup>510</sup> que culmina con un negocio jurídico societario cuyos rasgos morfológicos y tipológicos de caracterización y polivalencia funcional son los propios de una sociedad anónima supranacional- Corporación capitalista potencialmente bursátil<sup>511</sup>- sometida a un régimen jurídico específico de naturaleza mixta comunitario-nacional atribuida por RESE en función del Estado miembro donde se sitúe el domicilio social.

El concepto amplio de modificación estructural de *“cualquier vicisitud económico-jurídica modificativa de la estructura organizativa de la empresa social, cualquiera que sea la finalidad que, desde el punto de vista económico, se persiga con esa mutación, sin que sea necesario que esa mutación o cambio entrañe, a su vez, un cambio de las relaciones de participación, aunque sea lo normal (pero no esencial) en determinadas operaciones como la fusión”*<sup>512</sup> es, aplicable a las empresas promotoras de la constitución de una SE quienes modifican su modelo de organización estructural como consecuencia de la transmisión directa de su patrimonio (fusión, transformación), de partes significativas del mismo (filialización), o una transmisión mediata de venta de acciones o participaciones sociales, incluso sin

---

F., *Curso Fundamental ...*, ob.cit., págs. 649-651; URÍA, R/MENÉNDEZ, A./IGLESIAS PRADA, J.L., “Fusión y escisión de sociedades”, AA.VV., Coord. APARICIO GONZÁLEZ, M.L., *Curso de Derecho ...*, ob.cit., pág.1383. La legislación española

<sup>510</sup> Seguimos la a postura defendida por Vid. LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE). (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)”, *RdS*, núm.18, 2002, pág.103. La SE se incardina dentro del fenómeno de *“reestructuracions societarias de alcance transnacional”*, entendida como *“aquel proceso de cambio en la estructura orgánica de una empresa, que involucra a sociedades que no dependen de un único ordenamiento jurídico estatal”*.

<sup>511</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F., *Curso fundamental de Derecho ...*, ob.cit., pág. 134. Los rasgos tipológicos de caracterización de la SA responden al tipo ideal de forma social de organización de la gran empresa, con un número más o menos importante de socios cuya identidad resulta irrelevante para la consecución del fin común y explotación del objeto social, que se asienta sobre las bases capitalistas para la atribución y ejercicio de los derechos de los socios inversores, con necesidades complejas de organización solucionadas mediante la atribución de las competencias entre el órgano administración y el órgano de la propiedad (junta general).

<sup>512</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., “Modificación estructural”, AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario...*, ob.cit., pág.782.

transmisión patrimonial directa o mediata, sino porque las sociedades decidan someterse al control de la nueva Sociedad europea constituida (holding).

Por otro lado, los cambios operados en la organización de las empresas promotoras que deciden organizar jurídicamente su actividad económica supranacional o parte de ella, mediante la constitución de una SE-holding y SE-filial (y en la modalidad SE-filial de otra SE), supone transformar una estructura unitaria en una empresa plurisocietaria o policorporativa (grupos societarios) con trascendencia para los socios y terceros (incluidos los trabajadores), lo que justifica el proceso complejo y multifásico de constitución previsto por el RESE; para las sociedades promotoras la SE es un instrumento de modificación estructural comunitario que altera decisivamente el marco jurídico, organizativo, corporativo y patrimonial derivado del concreto negocio de fundación (modalidades) de la SE.

La reciente insitucionalización en nuestro Derecho positivo de las operaciones catalogadas como modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (transformación, fusión, escisión, segregación<sup>513</sup> como modalidad de

---

<sup>513</sup> Art. 71 LME define la segregación como la operación de “...*traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias*”. Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: III. Escisión”, *RdS*, núm. 31, págs. 61-68. Destaca el acierto del PLMESM (en la actualidad LME) al considerar la segregación y el traspaso de ramas de actividad que formen unidades económicas a otra sociedad u otras sociedades como modalidad de escisión, superando así la caracterización anterior de estas operaciones como aportación no dineraria. La importancia del concepto de “*unidad económica*” se acentúa puesto que de su existencia depende la aplicación a estas operaciones del régimen de la escisión o de las aportaciones en especie, y evita que los operadores jurídicos apliquen las normas que les resulte más favorables a sus intereses sin guardar relación con la operación que en efecto se da en la práctica. Esta sistematización no alcanza el nivel de la Ley Alemana sobre perfeccionamiento del Derecho de las modificaciones estructurales (UmwG) de 28 de octubre de 1994, con un sistema riguroso de *numerus clausus* de modificaciones estructurales, en las que distingue las operaciones sin transmisión patrimonial como la transformación y operaciones con transmisión patrimonial como fusión, escisión (total o parcial), cesión global de activo y pasivo (total o parcial) y la segregación que puede ser también total o parcial y en determinados supuestos se denomina filialización (creación de una sociedad filial mediante aportación de parte del patrimonio de la sociedad matriz),

escisión apta para las operaciones de filialización o constitución de sociedades holding, cesión global de activo y pasivo y en cierto modo, el traslado internacional del domicilio social) ponen de relieve la naturaleza teleológica de este tipo de operaciones que sirven, por vías diferentes a la fusión, al propósito de la concentración y cooperación empresarial, entendida tanto desde la perspectiva de la constitución de una unión o agregación de sociedades, como desde su reestructuración o reordenación interna societaria<sup>514</sup>.

Desde el punto de vista del Derecho de Sociedades, la doctrina cataloga las modificaciones estructurales por la homogenidad de los procesos que en ella se incluyen y que cristaliza en una identidad económica<sup>515</sup> y jurídica de las operaciones caracterizadas por: a) la ordenación y tipificación de procedimientos tendentes a realizar la modificación pretendida (órgano competente, medidas de control, requisitos formales, ...), y b) la adopción de medidas de protección a favor de los socios y acreedores de las sociedades implicadas<sup>516</sup>. Estos mismos elementos tipificadores de las operaciones de modificación estructural nacional son también predicables para las modalidades de acceso a la SE reguladas por el RESE, que mediante procedimientos de constitución tipificados (fusión, holding, filial y transformación) sometidos a controles de legalidad y publicidad, tratan de proteger los intereses de los socios (derecho de separación), de los acreedores (derecho de oposición) y de los trabajadores (medidas sobre implicación –DITSE-) de las empresas afectas por la modificación estructural.

La SE es un instrumento al servicio del redimensionamiento de los operadores económicos europeos en el mercado interior que adapta el marco jurídico de las empresas europeas a su marco económico al proporcionar un

---

donde la regulación de la fusión sirve para ésta y como normativa general de las demás modificaciones estructurales. Vid. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al ...*, ob.cit., pág. 486.

<sup>514</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., "Modificación ...", ob. cit., pág. 781.

<sup>515</sup> La identidad económica de las modificaciones estructurales reside en el aseguramiento de la continuidad de la empresa en el tráfico, con independencia de las motivaciones y estrategias empresariales diversas pretendidas por cada una de las operaciones. Vid. LARGO GIL, R., "Las modificaciones estructurales de las sociedades según la Dirección General de los Registros y Notariado", *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, Vol. I, Valladolid, 1998, págs. 431-435.

<sup>516</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.S., *El Proceso de Constitución de una Sociedad Europea Holding*, monografía asociada a *RdS*, núm.31, 2008, pág.234.

modelo comunitario de reestructuración empresarial tipificado y con *numerus clausus* de vías de acceso al tipo societario, que garantiza la transnacionalidad de la nueva estructura societaria creada mediante la participación necesaria de al menos dos operadores/empresas sujetas a diferentes Ordenamientos nacionales que exigen, en todo caso, la adopción de medidas específicas de protección de los socios, acreedores sociales y trabajadores. El legislador comunitario antepone los aspectos modificativos estructurales de la SE a los meramente fundacionales o creación "*ex nihilo*" de una nueva sociedad, pues la constitución de la SE está siempre supeditada a la existencia de una operación de reestructuración, concentración o cooperación de sociedades existentes que desarrollen su actividad a nivel comunitario.

En nuestra opinión, no puede dudarse de la naturaleza de modificación estructural de cualquiera de las modalidades de constitución de SE, con independencia de la existencia o no de un sistema tipificado de modificaciones estructurales en el Derecho europeo de sociedades de referencia<sup>517</sup>. Una interpretación teleológica e histórica del proceso legislativo del RESE, evidencia la intención del legislador comunitario de crear un instrumento comunitario al servicio de la integración jurídica (cooperación, reestructuración y concentración comunitaria) paralela a la integración económica experimentada en el Mercado interior<sup>518</sup> y desarrollado en el seno del Derecho europeo societario que garantice

---

<sup>517</sup> Vid. En contra, NAVARRO LÉRIDA, M<sup>a</sup>.S., *El Proceso de constitución ...*, ob.cit., págs. 229-242, sostiene que la "*existencia del principio de tipicidad –de modificaciones estructurales- derivaría en la imposibilidad de reconocer a la constitución de la SE-holding la naturaleza de modificación estructural. Debería aplicarse al procedimiento las normas generales sobre, como ya hemos señalado, fundación con aportaciones no dinerarias, o en otros estadios del proceso, aumento de capital o régimen de las ofertas públicas*". En la doctrina alemana, citada por esta autora, TEICHMANN, C., "Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft, Grundlage der Ergänzung des europäischen Status durch den deutschen Gesetzgeber", *NZG*, 3/2002, pág. 433, y WENZ, M., "Einsatzmöglichkeiten einer Europäischen aktiengesellschaft in der Unternehmenspraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht", *AG*, 4/2003, pág. 196, entienden el proceso de constitución de la SE'-holding como reestructuración empresarial.

<sup>518</sup> Las economías de escala, resultado de la integración económica de la Unión Europea, demandan unas economías de escala jurídicas en un doble sentido, económico mediante la reducción de los costes administrativos y burocráticos que redunden en empresas más competitivas, y legal mediante el proceso de armonización legislativa de las instituciones jurídicas nacionales. Desde la perspectiva societaria y para el supuesto



la libertad de establecimiento de las sociedades y movilidad intracomunitaria de las empresas. Desde esta perspectiva, la unidad funcional de la SE se perjudica si cada una de las modalidades de acceso se considera únicamente como procedimientos diferentes y autónomos entre sí para la fundación del tipo societario SE (fusión, holding, filial común y transformación), que a excepción de la regulación mínima, en ocasiones, contenida en el RESE, se supedita a la caracterización jurídica y régimen jurídico que cada Ordenamiento nacional por analogía le atribuya (o en su caso regule expresamente), en especial, en las modalidades no tipificadas a nivel nacional como la SE-holding o SE-filial común, donde las instituciones jurídicas de referencia pueden ser diversas, acudiendo a las normas de la fundación sucesiva o realización de una OPA<sup>519</sup>.

La SE, en todo caso, es el resultado de una operación reglada de reestructuración empresarial supranacional intracomunitaria proyectada por las sociedades promotoras, un acto corporativo unitario donde la intervención necesaria de las Juntas Generales garantiza la protección de los intereses de los socios y el acuerdo común de organizar jurídicamente la empresa resultante de la reestructuración de las entidades promotoras en forma de SE. El complejo sistema de fuentes y la falta de precisión técnica del RESE no es un obstáculo para no procurar la coherencia interna del mismo mediante una interpretación sistemática, teleológica y funcional de sus normas que resuelva el problema del derecho aplicable para cada modalidad de constitución acudiendo a una única

---

concreto de la SE, la integración económica empresarial se traduce en una operación societaria de integración (modalidades tipificadas de constitución) cuyo resultado pretendido es una estructura jurídico-societaria común a todos los Estados miembros ("sociedad internacional").

<sup>519</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, S., *El proceso de constitución de ...*, ob. cit., págs. 103-115; entiende que la caracterización jurídica del proceso de creación de la SE holding depende de cada concreto problema que la falta de regulación plantea, que obliga, si no a caracterizar si al menos, encontrar la salida de la mano de algún instituto jurídico conocido, ya sea en la fundación sucesiva esencialmente o incluso acudiendo en otros supuestos al expediente de la OPA. En esta tesis se da prioridad a la voluntad negocial societaria de los promotores, frente a la naturaleza esencial de una operación jurídica societaria que responde a una concreta estrategia de concentración o cooperación empresarial intracomunitaria.

institución jurídica nacional con la que presente identidad de razón<sup>520</sup> (modificación estructural) en los supuestos de remisión expresa del RESE a la legislación nacional y en su defecto, acudiendo a las disposiciones sobre SE-fusión articuladas como régimen supletorio común de las demás modalidades .

## II. FUENTES ESPAÑOLAS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA DOMICILIADA EN ESPAÑA.

El Art. 68 RESE obliga a los Estados miembros de la Unión a adoptar todas aquellas disposiciones que sean necesarias para garantizar la aplicación efectiva del RESE dentro del plazo temporal previsto por el Art. 70 RESE para la entrada en vigor del RESE, el 8 de octubre de 2004. La mayoría de los Estados miembros, entre ellos España<sup>521</sup>, no cumplió este compromiso que obliga también a la transposición de la DITSE a los Ordenamientos nacionales (considerando 22 RESE, Arts. 70 RESE y 14 DITSE).

La SE con domicilio en España sigue la tradición caracterizadora del tipo societario, resultado de un proceso legislativo nacional de ocho años de duración para la aprobar los requerimientos comunitarios del RESE y la DITSE. Inicialmente, la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (PCSM) de 2002 y su contenido del Libro VIII “De la Sociedad Anónima Europea”, prevé la implementación del nuevo tipo societario en España dentro del plazo fijado por las disposiciones comunitarias (Art. 70 RESE) el 8 de octubre de 2004. La imposibilidad material de hacer frente a tal compromiso obligó a una regulación separada de la materia sobre la SE domiciliada en España, de la que resultó la Ley 19/2005 de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España<sup>522</sup>, seguida de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas europeas<sup>523</sup>. Ambas normas prevén su entrada en vigor “al día siguiente de su publicación en el BOE”,

---

<sup>520</sup> En nuestro Ordenamiento, la identidad de razón justifica la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico. Cfr. Art. 4 CC.

<sup>521</sup> El 8 de octubre de 2004 únicamente Bélgica, Austria, Finlandia, Dinamarca, Islandia y Suecia habían adoptado las medidas necesarias para la constitución de SE en sus respectivos territorios.

<sup>522</sup> BOE, núm. 273, de 15 de noviembre de 2005.

<sup>523</sup> BOE, núm. 250, de 19 de octubre de 2006.

pero la efectividad de una SE domiciliada en España exigía una última modificación más, llevada a cabo finalmente por el Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre Sociedad Anónima europea domiciliada en España<sup>524</sup>. La *vacatio legis* de cuatro años prevista inicialmente para el RESE a favor de las legislaciones nacionales, ha sido ampliamente superada e incumplida en el caso español, con casi cuatro años de retraso al igual que otros Estados miembros. La consecuencia inmediata de la extemporánea transposición del RESE y DITSE a las legislaciones nacionales, está en íntima conexión con las propias previsiones de la normativa comunitaria. La cláusula de revisión contendida en el Art. 69 RESE establece un plazo, a más tardar, de cinco años desde la entrada en vigor del Reglamento para que la Comisión presente al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre la aplicación del RESE y una propuesta de modificación si procediese<sup>525</sup>, plazo que concluye el 8 de octubre de 2009. Las dilaciones en la transposición y efectividad de la SE en cada uno de los Estados miembros va a limitar la extensión y profundidad del análisis sobre la aplicación del RESE, con el riesgo de ofrecer una valoración sesgada

---

<sup>524</sup> BOE núm. 137, de 8 de junio de 2007.

<sup>525</sup> EL propio RESE establece los puntos que necesariamente serán objeto de examen, como: permitir la radicación de la administración central y el domicilio social de una SE en diferentes EEMM (esto es, cambio del criterio de la sede real por la teoría de la sede de constitución o incorporación); la ampliación a otros tipos de sociedades, además de la anónima, para que puedan participar en los procesos de constitución de una SE en la modalidad de fusión; la revisión de la cláusula competencial jurisdiccional en los supuestos de reclamaciones judiciales por causa de traslado del domicilio social de una SE insertadas en el Convenio de Bruselas de 1968; y por último, la posibilidad que las disposiciones estatutarias de la SE adoptadas por un Estado miembro en ejecución de las autorizaciones conferidas a los Estados miembros por el RESE o leyes adoptadas para velar por la efectiva aplicación del mismo, que se aparten de dichas leyes o las complementen, aún en los casos en los que tales disposiciones no se autorizarían en los estatutos de una sociedad anónima con domicilio social en el Estado miembro (reconocimiento explícito de la especialidad de la SE respecto del tipo societario general de la sociedad anónima).

solamente con los datos de los países en los que se haya tenido experiencia de constitución de este tipo de sociedades<sup>526</sup>.

#### **A. Antecedentes de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España.**

En España la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles (PCSM) aprobada por la Comisión general de Codificación del Ministerio de Justicia sección de Derecho Mercantil el 16 de mayo de 2002<sup>527</sup>, aborda en su Libro VIII el régimen jurídico de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España (Arts. 643 a 667 PCSM). Las demoras en la tramitación de la PCSM, obligan a buscar una vía alternativa con la presentación del Informe del Ministro de Justicia sobre el Anteproyecto de Ley de Sociedad Anónima Europea domiciliada en España en el Consejo de Ministros del día 22 de octubre. El 28 de enero de 2005 se publica el Proyecto de Ley de Sociedad Anónima Europea domiciliada en España<sup>528</sup> y se prolonga el plazo de presentación de enmiendas inicialmente previsto para el día 23 de febrero hasta el 1 de marzo del mismo año<sup>529</sup>. La Comisión de Justicia aprobó definitivamente el referido Proyecto de Ley en junio de 2005<sup>530</sup>.

La Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España<sup>531</sup> modifica el Texto Refundido de la Ley de Sociedades anónimas (RDL 1564/1989, de 22 de diciembre) y añade un nuevo Capítulo XII de

---

<sup>526</sup> En abril de 2007, Alemania contaba con 23 SE domiciliadas y registradas en su territorio, seguida de los Países Bajos con 8 SE, Bélgica y Austria cada una con 6 sociedades, y otros países como Suecia con 4, el Reino Unido y Francia con 3 SE, Noruega, Luxemburgo y Hungría con 2 sociedades registradas y por último, Finlandia, Eslovaquia, Latvia, Chipre y Liechtenstein cada uno de ellos con una SE registrada en su territorio. Fuente disponible en: <http://www.seeeurope-network.org>.

<sup>527</sup> El PCSM con naturaleza de anteproyecto de Ley, previsiblemente será abandonado y sustituido en parte, por una "Ley de Sociedades de Capital", tal y como prevé la Disposición Adicional Séptima de la LME que habilita al Gobierno para que en el plazo de doce meses proceda a refundir en un único texto las leyes reguladoras de las sociedades de capital (comanditarias por acciones, SA, SRL y sociedades cotizadas).

<sup>528</sup> Boletín Oficial de la Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 19-1, de 28 de enero de 2005.

<sup>529</sup> BOCG Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 19-2, de 9 de febrero de 2005.

<sup>530</sup> BOCG Congreso de los Diputados Serie A, núm. 19-8, de 15 de junio de 2005.

<sup>531</sup> BOE de 15 de noviembre de 2005.

“la Sociedad anónima europea”, dividido en tres secciones. La sección primera, relativa a las Disposiciones generales abarca los Arts. 312 a 316 LSA; la sección segunda dedicada a las Modalidades de constitución de la SE contenido en los Arts. 317 a 326 LSA, y la sección tercera relativa a los Órganos sociales, dividida en una subsección primera sobre Sistemas de administración en los Arts. 327 y 328 LSA, la subsección segunda relativa al Sistema dual regulado en los Arts. 329 a 336 LSA, y la subsección tercera para regular la Junta general en los Arts. 337 y 338 LSA. Las Disposiciones Adicionales tercera y cuarta de la Ley 19/2005, se incorporan modificaciones a los Arts. 107 LSA y 114 y 116 LMV respectivamente para adecuar su contenido a las nuevas disposiciones de la SE, mientras que las Disposiciones finales primera y segunda se aprovecha para atender a otras modificaciones puntuales y necesarias de los artículos 38, 96, 97, 126, 165, 170, 250 y 262 de la LSA y el artículo 105 LSRL, respectivamente.

El contenido y estructura de las 26 disposiciones de la Ley 19/2005 específicas para la SE, se asimilan a lo previsto en el Libro VIII del PCSM, sin perjuicio de algunas precisiones no previstas en la redacción definitiva de la Ley 19/2005. El apartado séptimo de la Exposición de Motivos de la PCSM destaca la importancia de la disposición contenida en el Art. 643 PCSM, al establecer que todas las disposiciones contenidas en Código de Sociedades, además de las específicas del Libro VIII, serán aplicables a las SE domiciliadas en España en la medida que sean compatibles con el RESE. De conformidad con el PCSM el régimen jurídico de las SE domiciliadas en España configurado por el RESE, los Arts. 643 a 667 PCSM y el resto de normas del Código de Sociedades compatibles con el RESE, de tal manera que las SE domiciliadas en España se verían favorecidas por un régimen jurídico integral para todas las sociedades mercantiles que posibilitaba el traslado de su domicilio social a países terceros no miembros de la Unión conforme a las disposiciones contenidas en los Arts. 518 a 521 PCSM y un régimen jurídico uniforme para las uniones de empresas y grupos de sociedades (Libro VII, Arts. 590 a 642 PCSM); este último de vital importancia y transcendencia en los supuestos de constitución de SE holding o SE filial común con sede en España<sup>532</sup>, dado que en la situación actual carecemos de una normativa sustantiva sobre la materia, y ello estaría en consonancia con lo

---

<sup>532</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La Sociedad anónima Europea y el estatuto...”, ob. cit., pág. 1587.

previsto en el RESE para esta materia en los considerandos 15, 16 y 17, y concretamente en el último precisa que “... en el caso de que la SE esté controlada por otra empresa y hay que remitirse, a tal fin, al ordenamiento jurídico aplicable a las sociedades anónimas sometidas a la legislación del Estado miembro del domicilio de la SE”.

**B. La transposición de la Directiva Europea 2001/86/CE en el Derecho Español por Ley 31/2006, de 18 de octubre de 2006, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (BOE de 19 de octubre).**

La Ley 31/2006 de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas europeas<sup>533</sup> (LITSE) incorpora al Derecho nacional las Directivas comunitarias 2001/86/CE, del Consejo de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo relativo a la implicación de los trabajadores y la Directiva 2003/72/CE, de Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo relativo a la implicación de los trabajadores. La solución de compromiso de ambas Directivas exige en todos los Estados miembros alguna forma de implicación de los trabajadores para estos tipos societarios, permitiendo el acuerdo entre las sociedades y la comisión negociadora de los representantes de los trabajadores para determinar la concreta forma de implicación respetando determinados límites legales<sup>534</sup>.

---

<sup>533</sup> BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006; Vid. PEDRAJAS MORENO, A./SALA FRANCO, T., “Comentarios a la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas”, Ref.: TOL 1.001.360, <http://www.tirantonline.com>, octubre 2006; MONEREO PÉREZ, J.L./FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A./GARCÍA VALVERDE, M.D./MALDONADO MOLINA, J.A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

<sup>534</sup> El párrafo 2 del apartado II de la Exposición de motivos de la LITSE, establece que “... sobre la base del acuerdo entre las partes, reconoce (DITSE) los derechos de información y consulta, así como el derecho de participación de los trabajadores en los órganos sociales de la sociedad anónima europea cuando existiera participación previa en las sociedades participantes en su constitución, tal y como sucede en países como Alemania, Austria y los países nórdicos. Además, en el caso de falta de acuerdo, prevé disposiciones subsidiarias de aplicación obligatoria en

La LITSE incorpora a nuestro Ordenamiento el concepto *de implicación*<sup>535</sup> de los trabajadores contenido en la DITSE, definido como un *género* que incluye tres *especies o modalidades* de participación de los trabajadores en la marcha de la empresa: el derecho de información, consulta y derechos de participación en sentido propio como integrantes en los órganos societarios de la empresa; no obstante y más acorde con nuestra tradición jurídica, habría sido oportuno utilizar como género el término “participación”, y como especies los términos de información, consulta y cogestión.

La estructura formal de la LITSE sigue el esquema proporcionado por las Directivas que transpone, con un total de 38 artículos, dos Disposiciones adicionales y seis Disposiciones finales. El Título preliminar (Arts. 1 y 2) está dedicado al objeto de la Ley y definiciones de los términos empleados; el Título primero (Arts. 3 a 26) establece las disposiciones aplicables a las Sociedades Europeas domiciliadas en España referidas tanto al procedimiento de negociación (Capítulo I), a las disposiciones subsidiarias (Capítulo II) y disposiciones comunes a los capítulos anteriores (Capítulo III); en el Título segundo (Arts. 27 a 32) se establecen las disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las SE; y por último en el Título tercero (Art. 33 a 38) se regulan los procedimientos judiciales.

### **C. La Reforma del Registro Mercantil operada en España a propósito de la SE.**

La reforma operada en nuestro Reglamento del Registro Mercantil por el Real Decreto 659/2007 de 25 de mayo afecta, principalmente, al cumplimiento de los requisitos establecidos en los supuestos de traslado del domicilio social de una SE a otro Estado miembro de conformidad con lo dispuesto en el Art. 8 RESE y en

---

*lo relativo a los derechos de información y consulta y, en determinadas circunstancias tasadas, también a los derechos de participación”.*

<sup>535</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G, “La implicación de los trabajadores de la Sociedad Anónima Europea en la Ley 31/2006 de transposición de la Directiva”, *RDBB*, nº 105, enero- marzo 2007, págs. 180-194; MONEREO PÉREZ, J.L./FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A./GARCÍA VALVERDE, M.D./MALDONADO MOLINA, J.A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

los Arts. 315 y 316 LSA. El Art. 20.1 RRM se modifica e incorpora un nuevo apartado 4º, éste último relativo exclusivamente a la SE domiciliada en España. El procedimiento de traslado del domicilio social de una SE a otros EEMM con las disposiciones contenidas en el nuevo Art. 160 bis y la nueva redacción de los Arts. 161.2 y 163.1 RRM relativa a la publicidad de la operación. De las modificaciones incorporadas al RRM en los supuestos de traslado destacan dos novedades importantes:

i) En primer lugar, una nueva competencia/obligación general del Registrador mercantil como garante legal del procedimiento de traslado internacional del domicilio social de cualquier sociedad (Art.20.1 RRM<sup>536</sup>). Solamente por la ubicación de este artículo entre las “disposiciones generales” del Título Primero del RRM destinado a la “organización y funcionamiento del Registro mercantil” advierte la novedosa incorporación de una nueva competencia u obligación para el Registrador mercantil en todos los supuestos de traslado del domicilio social al extranjero, sin limitarse exclusivamente a los supuestos de SE. El registrador garantiza el cumplimiento de la ley nacional, comunitaria e internacional exigida en los procedimientos de traslado del

---

<sup>536</sup> Art. 20.1 RRM: “Si el cambio de domicilio se efectuase al extranjero, en los supuestos previstos por las Leyes, se estará a lo dispuesto en los Convenios internacionales vigentes en España y a las normas europeas que resulten de aplicación. En tales supuestos, el Registrador competente en razón del domicilio de la sociedad que se traslada certificará el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse por la entidad antes del traslado, y no cancelará la hoja de la sociedad hasta que reciba una comunicación del tribunal, notario o autoridad competente del nuevo domicilio acreditativa de la inscripción de la sociedad. Recibida ésta, cancelará la hoja de la sociedad y extenderá nota de referencia expresiva de los nuevos datos registrales”. La redacción dada a los nuevos Arts. 102, 102 y 103 LME (Ley 3/2009) confirman la competencia del Registrador mercantil en el control de legalidad en las operaciones de traslado internacional del domicilio social de las sociedades mercantiles.

Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., “La Sociedad Anónima Europea y el Registro Mercantil”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, Febrero 2007, págs. 89 a 100, especialmente pág. 94. “La SE domiciliada fuera de España, es una sociedad extranjera de régimen especial, ... sometida a un Reglamento de la Unión Europea ... que es de aplicación directa en España, y por tanto no es Derecho extranjero. Además no está sometida a los requisitos registrales ... en orden a al apertura de sucursal en España, pues no requiere tal apertura, sino que puede operar directamente en territorio español, salvo que tenga o traslade a España su domicilio social” conforme al criterio de la sede real, que supone el traslado tanto del domicilio estatutario al lugar en el que tenga su administración central.



domicilio social al extranjero mediante el certificado que acredite el cumplimiento de “los actos y trámites que han de realizarse por la sociedad antes del traslado...” a la vez que se le impone la obligación de mantener abierta la hoja de la sociedad mientras no se acredite fehacientemente su inscripción en el nuevo domicilio para dar de baja definitiva a la sociedad trasladada. Recae por tanto, en los registradores o en las autoridades correspondientes de cada país, la obligación de evitar las situaciones de inmatriculaciones simultáneas de una sociedad en Registros de diferentes países. El protagonismo y nivel de responsabilidad del registrador aumenta en las operaciones de traslado del domicilio social, y serán las nuevas tecnologías de comunicación, las relaciones interregistrales y la homologación de procedimientos registrales los que contribuirán de manera decisiva a la eficacia de esta “ley registral” a la espera de un Derecho Registral Europeo adecuado al fenómeno societario internacional<sup>537</sup>.

ii) La segunda novedad del RRM en el procedimiento de traslado del domicilio social, está relacionada con el derecho de oposición de los acreedores sociales. El nuevo párrafo segundo del Art. 161.2 RRM establece que: “En el caso de que los acreedores hubieran ejercitado el derecho de oposición, no podrán reembolsarse las acciones hasta tanto la sociedad no preste las garantías oportunas”, de tal manera que se introduce una suerte de prelación en la protección de los intereses dando prioridad a los acreedores en su derecho de oposición frente a los socios de la sociedad en el ejercicio de su derecho de separación.

El RRM se hace eco del resto de novedades incorporadas por el RESE y la Ley 19/2005 en nuestra legislación societaria en materia de implicación de los trabajadores en la SE, concretamente en relación al contenido de la hoja registral, el Arts. 94. 1 apartados 11 y 12 RRM establece: “11. Los acuerdos de implicación de los trabajadores de una sociedad anónima europea, así como sus modificaciones posteriores, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114. 3 de este Reglamento” y “12. El sometimiento a supervisión de una autoridad de vigilancia”. En la fase constituyente el Art. 114.3 párrafos 2 y 3 RRM alude a que: “En todo caso, en la inscripción se hará constar, además de las circunstancias mencionadas en los apartados precedentes, la

---

<sup>537</sup> Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad ...”, ob. cit., págs.230-271. Se entiende por “ley registral” de una sociedad, el conjunto de normas, sustantivas y formales, que disciplinan su inscribibilidad en un determinado/s Registro/s mercantiles (o institución equivalente).

existencia de un acuerdo de implicación de los trabajadores conforme a la legislación aplicable, a cuyo efecto se acompañará a la escritura certificación comprensiva de su contenido, expedida por la autoridad laboral competente encargada del Registro a que se refiere el artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores. De no existir ese acuerdo, la escritura pública deberá contener manifestación de los otorgantes, que se hará constar en la inscripción, de que la comisión negociadora ha decidido no iniciar las negociaciones para celebrarlo o dar por terminadas las que se hubiesen iniciado o, en su caso, de que ha transcurrido el plazo legalmente establecido para llegar a un acuerdo sin lograrlo. De existir un acuerdo de implicación de los trabajadores que atribuya a éstos una participación en el nombramiento de los miembros del órgano de administración o control de la sociedad, la parte del acuerdo relativa a tal extremo será inscribible en el Registro Mercantil a solicitud de la sociedad o de los representantes de los trabajadores. En los mismos términos será inscribible la aplicación de las disposiciones de referencia supletorias a tales nombramientos". Respecto de los sistemas de administración y gobierno de la SE, el Art. 124.5 RRM<sup>538</sup> incorpora las referencias al contenido mínimo de los estatutos sociales según se opte por el sistema monista o dual para el gobierno de la SE; y por último, la adaptación del RRM a los requisitos constitutivos identificadores del tipo societario europeo como la denominación societaria (Arts. 116.1 y 403.2, 8º RRM "En los estatutos se consignará la denominación de la sociedad, con la indicación "Sociedad Anónima" o su abreviatura "S.A.". Tratándose de una sociedad anónima europea la sigla SE deberá constar delante o detrás de su denominación"), los requisitos de publicidad formal (Art. 170.3 RRM "En la escritura se expresará, además, la fecha de publicación del acuerdo en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" y se presentará en el Registro mercantil un ejemplar del diario en que se hubiera publicado dicho anuncio o copia del mismo"), y trámites formales que cada concreta modalidad de constitución de SE debe observar (Art. 114. 3 RRM), como los requisitos de inscripción de la SE holding (Art. 131 bis RRM), los de la SE por transformación (Art. 224 bis RRM), los de SE por fusión (Arts. 226 bis y 230

---

<sup>538</sup> Cfr. Art. 124.5 RRM: "Cuando se trate de una Sociedad anónima europea, en los estatutos se hará constar el sistema de administración, monista o dual, por el que se opta. Si se opta por el sistema de administración monista, serán de aplicación las reglas de este artículo. Si se opta por el sistema de administración dual, se hará constar en los estatutos la estructura del órgano de dirección, así como el plazo de duración en el cargo. En su caso, se hará constar también el número máximo y mínimo de los componentes del consejo de dirección y del consejo de control, así como las reglas para la determinación de su número concreto".

RRM) y por último, una mención escueta y estrictamente formal respecto de los supuestos de constitución de SE por filial común (Art. 309 bis RRM: *“La constitución y demás actos inscribibles de una sociedad anónima europea filial se inscribirán en el Registro Mercantil de su domicilio conforme a lo dispuesto para la sociedades anónimas, identificando a las sociedades o entidades matrices conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de este Reglamento”*) que no aporta información relevante sobre el procedimiento de constitución limitándose a los requisitos formales de identificación de las sociedades “propietarias” del capital social de la sociedad filial común.



---

**TERCERA PARTE**

**REGÍMEN JURÍDICO DE LA CONSTITUCIÓN DE UNA SE  
FILIAL COMÚN DOMICILIADA EN ESPAÑA.**



---

**CAPITULO PRIMERO.**  
**PRINCIPIOS Y OBJETIVOS COMUNES A LAS DISTINTAS**  
**MODALIDADES DE CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD**  
**EUROPEA.**

I. PRELIMINARES.

La SE, en el marco del Derecho de Sociedades Europeo, representa no sólo el éxito del consenso político alcanzado de una “vieja” aspiración legislativa, sino también la consecución de un instrumento jurídico de concentración y cooperación empresarial muy valioso para la culminación del Mercado Interior comunitario<sup>539</sup>. El largo proceso legislativo de más de treinta años merma considerablemente el contenido de las primeras propuestas de Estatuto de la SE<sup>540</sup>. En la redacción actual del RESE se renuncia a los temas de mayor conflictividad o difícil realización, como el régimen jurídico de los grupos de sociedades, la creación de un Registro mercantil europeo o el régimen fiscal, entre otros, y simultáneamente se utiliza la técnica del reenvío a los Ordenamientos nacionales de partes fundamentales de la disciplina societaria como las relativas a la formación y mantenimiento del capital social, operaciones de aumento y reducción, cuentas anuales, posición jurídica de los socios, disolución, liquidación

---

<sup>539</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La Constitución de la Sociedad Anónima ....”, ob.cit., pág. 100; Cfr. considerando primero del RESE: “La realización del Mercado Interior y la mejora de la situación económica ... implican, ... , una reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción”.

<sup>540</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad Europea ...”, ob. cit., pág. 32, es muy crítico respecto del “... vaciamiento del proceso de integración jurídica .... El resultado está a la vista: más que una Sociedad Anónima Europea única, lo que existe es una pluralidad de sociedades nacionales con vestidura europea, ....ha dado paso a una “sociedad nacional de tipo europeo” ...”.

y extinción de la SE. Pese a ello, el RESE conserva la *sustantividad comunitaria*<sup>541</sup> en su complejo sistema de fuentes, el régimen jurídico de la movilidad intracomunitaria del domicilio social de la SE, la estructura orgánica societaria con necesaria participación de los trabajadores (DITSE) y las modalidades o vías de acceso a la SE tipificadas. Las modalidades de acceso o constitución de la SE conforman la materia más relevante del vigente RESE. Dedicó treinta de sus setenta artículos a regular la constitución de la SE, diferenciando los “modos originarios<sup>542</sup>” o constitución por fusión, holding, filial común y transformación, de la modalidad “derivativa” o constitución de una sociedad filial SE por otra SE. El Título II del RESE (Arts. 15 a 37) dedicado íntegramente a la constitución de la SE, está dividido en cinco secciones: la primera de ellas (Arts. 15 y 16 RESE) dedicada a las *Generalidades* y el resto de secciones, a cada una de los procedimientos de constitución de la SE. La sección segunda sobre “*Constitución de una SE mediante fusión*” (Arts. 17 a 31 RESE), la sección tercera sobre “*Creación de una SE holding*” (Arts. 32 a 34 RESE), la sección cuarta sobre “*Constitución de una SE filial*” (Arts. 35 y 36 RESE), y por último la sección quinta sobre “*Transformación de una sociedad anónima existente en SE*” (Art. 37 RESE). El régimen jurídico para la constitución de una SE se completa necesariamente con las disposiciones contenidas en los Arts. 1 a 7 RESE y Arts. 11 al 14 RESE sobre *Disposiciones generales* que regulan los rasgos morfológicos del tipo societario SE<sup>543</sup>, como el

---

<sup>541</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Características generales de la SE ...”, ob. cit., pág. 62.

<sup>542</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R., “La Sociedad Anónima ...”, ob. cit., pág. 103; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “EL Reglamento de la SE: una primera...”, ob. cit., págs. 19-29. La distinción entre modalidades de constitución originarias y modalidad derivativa no es sostenida por toda la doctrina (en contra LARGO GIL, R. “La constitución de la ...”, ob.cit., 2002, pág. 113). Tanto las modalidades originarias como la derivativa, permiten la creación de una SE si bien las modalidades originarias exigen ciertos requisitos ineludibles de tipificación como la transnacionalidad o vocación europea de las entidades participantes en el proceso y la pluralidad de participantes (no se reconoce la unipersonalidad de la SE en el momento fundacional en los modos originarios), que no son exigibles en la modalidad derivativa de constitución de una SE filial de otra SE ya existente y constituida conforme a alguno de los procedimientos originarios (Art. 3.2 RESE). Sobre estos extremos incidiremos más adelante.

<sup>543</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F. J., *Curso fundamental ...*, ob. cit., págs. 125 - 379. Entendiendo por rasgos morfológicos aquellas “... notas fundamentales que la distinguen



capital social dividido en acciones, personalidad jurídica propia, participación de los trabajadores, restricciones subjetivas para la constitución y *numerus clausus* en la constitución, la transnacionalidad o vocación europea, estructura corporativa, denominación, domicilio, nacionalidad, inscripción y publicidad formal registral).

El carácter transfronterizo comunitario de la operación es una exigencia formal inevitable derivada de la participación necesaria de, al menos, dos o más sociedades o entidades sujetas a los Ordenamientos de diferentes Estados miembros<sup>544</sup>. El *número clausus* de modalidades de constitución de la SE del Art. 2 RESE responde, en opinión de VELASCO SAN PEDRO, a dos finalidades concretas: las operaciones de concentración y reestructuración transfronteriza empresarial de los procesos de constitución de SE por fusión, holding y transformación; y las operaciones de colaboración empresarial transfronteriza de la constitución de sociedades europeas filiales comunes. La SE es el instrumento jurídico comunitario que pretende superar las dificultades de orden jurídico, fiscal y psicológico de las empresas que sometidas a Ordenamientos jurídicos diferentes pretende reestructurar y adecuar su estructura jurídica a su dimensión económica europea y global.

En este capítulo se analizan, en primer lugar, los principios y objetivos generales del RESE, y después, los específicos de las modalidades de constitución de la SE. Éstos últimos actúan como barreras jurídicas de entrada o accesibilidad al tipo societario tanto desde una perspectiva subjetiva (requisitos de las entidades participantes) como objetiva. No obstante, con carácter general, las cuestiones planteadas sobre la constitución del tipo societario en este capítulo y siguientes, están presididas, en primer lugar, por el principio y criterio informador del Derecho societario comunitario de protección debida a los intereses de los socios y terceros; en segundo lugar, por la consideración de la SE como instrumento al servicio de la concentración y colaboración empresarial intracomunitaria y por último, la consideración de la constitución de la SE-fusión como procedimiento de referencia para el resto de las modalidades originarias.

---

*esencialmente de las restantes formas sociales (sin tener en cuenta, por tanto, sus posibilidades funcionales). Estos rasgos fundamentales son de orden imperativo."*

<sup>544</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A, "Características generales de la SE....", ob. cit., pág. 66; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "El Reglamento de la ...", ob. cit., pág. 31, alude al requisito de la "plurinacionalidad" en el proceso fundacional de la SE.

## II. OBJETIVOS Y FUNCIONES DEL RESE COMO PRINCIPIOS CONSTITUTIVOS DE LA SE.

La elección de la SE como fórmula de organización empresarial transfronteriza está condicionada por los principios rectores del RESE, por la naturaleza *mixta* comunitaria-nacional de su régimen jurídico y por la funcionalidad específica de cada modalidad de constitución<sup>545</sup>. La determinación de los objetivos y fines pretendidos por el RESE, esto es, la funcionalidad de la SE en el Mercado interior comunitario condiciona la naturaleza jurídica de su proceso fundacional y el régimen jurídico aplicable. El estudio de la funcionalidad económica y jurídica del RESE nos proporciona los elementos técnicos necesarios para una interpretación sistemática y teleológica del régimen jurídico aplicable a la SE, especialmente en aquella modalidad de constitución como la SE-filial común con menor regulación.

### A. Objetivos del RESE y funcionalidad de la SE.

Los apartados 1 a 7 de la Exposición de motivos<sup>546</sup> del RESE abordan los objetivos, fines y principios que rigen el RESE. Éstos han sido tratados con carácter general en apartados anteriores, si bien en esta sede, nos interesa recordar y destacar aquellos que influyen de manera decisiva en el proceso constituyente o fundacional de cualquier SE, y son:

---

<sup>545</sup> Los promotores de una SE seleccionan la modalidad de constitución que se ajuste más a sus intereses económicos y empresariales. La constitución de una SE por fusión de dos o más SA implica la extinción de todas, o de todas menos una, de las sociedades promotoras; la constitución de una SE holding no implica la desaparición de las sociedades participantes pero sí una modificación significativa de sus estructuras patrimoniales y de la posición de control; la constitución de una SE filial común no supone la desaparición de las entidades promotoras pero sí una fórmula estructurada y tipificada de cooperación y concentración empresarial; y la transformación de una SA existente en una SE, siempre que se cumplan los requisitos necesarios para la transformación, implica el cambio de la *lex societatis*.

<sup>546</sup> Expresamente el RESE carece de “exposición de motivos” si bien, está estructurada en “considerandos” previos al articulado que tienen la misma finalidad - justificación y antecedentes de la norma en cuestión-.

En primer lugar, la SE como *instrumento jurídico comunitario al servicio de la reestructuración y cooperación transfronteriza de empresas europeas*<sup>547</sup>. El RESE ofrece propuestas concretas de técnicas jurídicas aptas para atender a diferentes estrategias empresariales conducentes a la creación de una SE cuyo régimen jurídico depende del modo de constitución adoptado y de la nacionalidad de las sociedades participantes. El RESE y DITSE se orienta hacia el objetivo de corregir los fallos de coordinación entre los Ordenamientos nacionales<sup>548</sup>, con distintos requisitos para admitir operaciones de reestructuración, concentración, movilidad intracomunitaria empresarial e incluso, determinación del régimen jurídico de grupos de empresas de dimensión transfronteriza, y con distintas garantías para accionistas, acreedores y trabajadores. La aportación específica del RESE es ofrecer a las empresas europeas, junto a los tradicionales instrumentos de Derecho nacional e Internacional privado, una opción específica para la realización de operaciones transfronterizas de fusión, traslado del domicilio social dentro de la Unión Europea y constitución de grupos intracomunitarios, en definitiva, una organización empresarial supranacional en forma de SE<sup>549</sup>.

El segundo de los objetivos del RESE es conseguir la concentración, cooperación y reestructuración comunitaria de *empresas ya existentes en diferentes Estados miembros* (considerando 2 RESE) que tengan capacidad para operar a nivel comunitario. Requisitos que "a priori" únicamente reconoce el RESE a la gran empresa o corporaciones en perjuicio de las PYMES. La accesibilidad subjetiva a la SE queda limitada por RESE en función de la modalidad de constitución elegida<sup>550</sup>.

---

<sup>547</sup> Vid. LARGO GIL, R., "La Constitución ...", ob. cit., págs. 101 -102.

<sup>548</sup> Vid. En este sentido GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento de la Sociedad...", ob. cit., pág. 7, entiende que si de hecho, "...las cosas funcionasen como es debido, i.e. sin fallos (de coordinación entre los Ordenamientos nacionales armonizados), esa figura sería innecesaria"; ESTEBAN VELASCO, G., "El compromiso de Niza...", ob. cit., pág.143.

<sup>549</sup> En este sentido el, considerando 1 RESE: "La realización del mercado interior,... implican, además de la eliminación de los obstáculos a los intercambios, una reestructuración a escala de la Comunidad de las empresas 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".

<sup>550</sup> Las limitaciones subjetivas exigen tipos societarios concretos de las sociedades promotoras de la constitución de una SE, de tal manera que únicamente las SA participan en la fundación de una SE por fusión o transformación; la constitución de una SE holding

se reconoce tanto para las Sociedades anónimas como para las sociedades de Responsabilidad limitada, y en los supuestos de constitución por SE filial común se reconoce para todas las personas jurídicas con ánimo de lucro que reúnan los requisitos del artículo 48 TCE. En ningún supuesto se reconoce la posibilidad a las personas físicas de participar en la constitución de SE. La diversidad de trato para el acceso a la SE de los diferentes tipos societarios ha sido criticado por la doctrina que no encuentran una justificación plausible en la discriminación de las SRL en la constitución de una SE por fusión, por ejemplo; a la vez que el argumento de que el Derecho societario europeo tiene un alcance limitado a ciertos tipos societarios y sólo ellos deberían beneficiarse de esa vía operativa (la constitución de la SE) no acaba de convencer, y ello como señala GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera...", *ob.cit.*, pág. 20, porque "a) hay Derecho armonizado que se aplica también a las sociedades de responsabilidad limitada; b) incluso aquél que sólo se dirige a las sociedades anónimas nacionales, puede ser extendido por los Estados a otros tipos societarios; y c) no se ha tenido en cuenta la equivalencia funcional de los tipos societarios, así por ejemplo, una sociedad anónima francesa puede resultar funcionalmente equivalente a una sociedad de responsabilidad limitada alemana y mientras que la primera sí puede transformarse directamente en SE, la segunda no", en el mismo sentido. Vid. HOMMELHOFF, P., "Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft", AG, 2001, pág. 271 y ss.

La "universalidad" o libre accesibilidad a un tipo supranacional europeo para cualquier empresa, especialmente PYMES, se prevé en la *Propuesta de Estatuto de la Sociedad Privada Europea (Societas Privata Europaea)*, COM (2008) 396/3. En esta última versión no se establece restricción alguna por razón del tipo societario y están legitimados para constituir una SPE uno o más fundadores, personas físicas y/o sociedades o entidades del artículo 48 TCE, incluso por SE, Cooperativas europeas o Agrupaciones europeas de interés económico. El propio Informe Winter reconocía expresamente que "los requisitos impuestos en las cuatro modalidades de acceso a la SE, no eran lo suficientemente flexibles para las PYMES", cfr. con el capítulo VII sobre "The European Private Company" del Informe Winter de 4 noviembre de 2002, pág. 22; y en el mismo sentido de la necesidad de un Estatuto de Derecho europeo para PYME que sea flexible, Vid. Dictamen del Comité Económico y social sobre "El acceso de las PYME a un estatuto de Derecho europeo", aprobado en la sesión de 21 de marzo de 2002, DOUE C 125, de 27 de mayo de 2002, pág. 100 y ss; y "El Informe Final del Estudio de viabilidad para un estatuto europeo de las PYME, financiado por la Comisión Europea y como jefe de misión Gérard Seguin, (AETS julio 2005, carta de contrato nº FIF 20030950).

En relación al Estatuto de la Sociedad Privada Europea (SPE), tratada tradicionalmente por la doctrina como "Sociedad cerrada europea", Vid. los trabajos realizados por CREDA (Centro de investigación sobre derecho de los negocios – "Centre de recherche sur le Droit des Affaires"-) en <http://www.creda.ccip.fr>, y entre otros, BOUCOURECHLIEV, "Pour une SARL européenne" (1973); CHAPUL, Y., "La proposition de création d'une société fermée européenne. La liberté d'établissement des sociétés dans l'Union Européenne" (Le petits et moyennes entreprises et les réformes du droit des sociétés dans

Otro de los objetivos pretendidos por el RESE es el establecimiento de una *marca o etiqueta*<sup>551</sup> europea para la SE. El RESE pretende *eliminar los obstáculos de orden jurídico, fiscal y psicológico* (Considerando 3 RESE) que lleva implícita toda operación de reestructuración y/o cooperación empresarial transnacional a nivel comunitario, reconociéndose como insuficiente la labor realizada hasta la fecha en el ámbito del Derecho de sociedades comunitario vía Art. 44 TCE. Por otro lado, *la disparidad del marco jurídico de las empresas europeas sometidas a legislaciones nacionales diferentes* (Considerando 4 RESE), no se corresponde con el marco económico en el que deben desarrollar su actividad para alcanzar los objetivos del Art.18 TCE (relativo a la ciudadanía de la Unión, que se pudiera predicar de igualmente de las sociedades). El régimen jurídico “uniforme” que proporciona el RESE a la SE, sin reconocerle *strictu sensu* una nacionalidad concreta, favorece la actividad empresarial de las sociedades en el interior de la Unión.

El *principio de no discriminación de la SE* respecto de las sociedades anónimas nacionales es otro de los objetivos del RESE y principio informador a su vez de su régimen jurídico. En esta tarea de preservar un trato paritario de la SE y las SA nacionales, se responsabiliza a los Estados miembros con la obligación de garantizar que ninguna de las disposiciones aplicables a la SE en virtud del RESE, suponga discriminaciones derivadas de un tratamiento distinto de una SE con respecto a las sociedades anónimas nacionales, ni limitaciones desproporcionadas a la constitución de la SE o al cambio de su domicilio (Considerando 5 RESE y Art. 10 RESE).

---

l'Union européenne- Madrid 4 y 5 de febrero de 2004) ; STEINBERGER, C., « Quels cadres juridiques ?. Quelles structures adaptées au développement des PME dans le Marché Européen ? » (Nos petites entreprises au seuil du XXI siècle. Quelles nouvelles réponses juridiques aux défis socio-économique ?) <http://www.ccip.fr/creda>; ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad cerrada europea: ¿figura o alternativa a la sociedad europea?” *RdS*, núm. 13/1999, 2, págs. 163-171; BRAUN, S., “Essay- The European Private Company: A supranational Company Form for Small and Medium-sized Enterprises?”, *German Law Journal*, Vol. 5, nº.11, 2004, págs. 1393-1408, disponible en <http://www.germanlawjournal.com>.

<sup>551</sup> Vid. El Informe Winter reconoce la “*etiqueta europea*” como una de las ventajas que ofrece la SE para desarrollar la actividad empresarial de las sociedades, y no como sociedades italianas, alemanas o francesas (pág. 115 del Informe).

El Considerando 6 RESE aborda un objetivo fundamental que es también principio de política legislativa del RESE, esto es, la *“correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad”* como causa de la existencia y constitución, *junto a las sociedades de Derecho nacional, de sociedades cuya formación y funcionamiento esté regulada por un Reglamento de Derecho comunitario aplicable a todos los Estados miembros*. La SE se añade así al elenco de los tipos societarios nacionales como tipo societario específico sometido a un Derecho supranacional con ciertas matizaciones.

Por último, el Considerando 7 RESE aglutina los objetivos y principios anteriores al establecer la finalidad última del RESE. La SE es un tipo societario opcional añadido al elenco de las sociedades mercantiles nacionales<sup>552</sup> y caracterizado como instrumento de reestructuración y concentración transfronteriza empresarial al servicio de la realización de la libertad de establecimiento en la Unión Europea<sup>553</sup>. En tal sentido, *“las disposiciones de un Reglamento de este tipo permitirán la creación y gestión de sociedades de dimensión europea, sin que los obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan impedir o dificultar tales operaciones”* (Considerando 7 RESE). Y profundizando en esta finalidad, el Considerando 10 RESE, reconoce que *“El objetivo esencial que persigue el régimen jurídico de la SE requiere en todo caso, sin perjuicio de las necesidades de índole económica que puedan presentarse en el futuro, que pueda constituirse una SE tanto para permitir a sociedades de Estados miembros diferentes que se fusionen o creen una sociedad holding, como para ofrecer a las sociedades y otras personas jurídicas que ejerzan una actividad económica y que estén sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes la posibilidad de crear filiales comunes”*.

---

<sup>552</sup> La SE es un tipo europeo opcional para la organización de la actividad empresarial en la categoría de sociedades mercantiles capitalistas con responsabilidad limitada, que se añade a los tipos tradicionales de SA, SRL, o subtipos desarrollados en cada uno de los Ordenamientos nacionales, como la SAS en Francia, la *Kleine Aktiengesellschaft* de Alemania, o SRLNE de España, por ejemplo.

<sup>553</sup> Vid. LARGO GIL, R., *“La Sociedad Anónima Europea y el Estatuto de la Sociedad Cotizada”*, RdS, núm. 24, 2005, 1, pág. 28, <http://www.westlaw.es>; FERRANDO VILLALBA, M.L., *“Sujetos que pueden participar en la constitución de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”*, AAVV., Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob. cit., pág. 55.

La SE es el instrumento jurídico que sirve de “*test a la armonización del Derecho de Sociedades en la Unión Europea*”<sup>554</sup> como consecuencia de las continuas remisiones del RESE a los Ordenamientos nacionales y Directivas societarias, y simultáneamente se presenta como el “*campo de pruebas*” de otras iniciativas legislativas paralizadas durante largo tiempo como la Quinta Directiva sobre los órganos de gobierno de las sociedades y participación de los trabajadores o la Decimocuarta Directiva sobre traslado internacional del domicilio social<sup>555</sup> de una sociedad (siguiendo el esquema del Art. 8 RESE), e incluso el RESE es la “*punta de lanza*” con resultados evidentes, en la fusión transfronteriza de sociedades en la Unión<sup>556</sup>. EL régimen jurídico de la SE previsto en el RESE supone un nuevo rumbo en el Derecho de Sociedades y abre salidas hacia posiciones sincréticas en las tradiciones jurídicas europeas en materia de gobierno societario, participación de trabajadores, traslado internacional del domicilio social y reconocimiento mutuo de la personalidad jurídica societaria.

---

<sup>554</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La Sociedad Anónima Europea y el Estatuto de la Sociedad Cotizada”, AAVV, Dir. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F./ALONSO UREBA, A/ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./QUIJANO GONZÁLEZ, J./ESTEBAN VELASCO, G./VELASCO SAN PEDRO, L., *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 1615. Reconoce esta autora que el test de la SE no se reduce únicamente al ámbito societario, sino que necesariamente por el carácter de sociedad abierta de la SE y su potencialidad como sociedad cotizada, afecta también al Derecho del mercado de valores. “*La SE puede actuar como un instrumento para la financiación de las empresas en un mercado de capitales más amplio, cuya integración está a punto de culminar*”.

<sup>555</sup> La legislación española al regular en la LME (Arts. 92 a 103) el traslado internacional del domicilio social sigue el esquema del Art. 8 RESE.

<sup>556</sup> Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital (DOUE L 310, de 25 de noviembre de 2005. Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., “Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital”, *RdS*, núm. 25, págs. 435-445; La Directiva ofrece una vía alternativa a la SE para la integración empresarial, mediante la fusión de sociedades en sentido amplio, sin las estrictas limitaciones a las SA del RESE, de tal suerte que se permite la fusión transfronteriza a las PYMES en general. Como antecedentes y en relación a la Proposición Décima Directiva de 1985, puede verse el trabajo de PÉREZ MILLA, J.J., *Fusión Internacional de Sociedades Anónimas en el Espacio Jurídico Europeo*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

### III. PRINCIPIOS CONSTITUYENTES DE LA SE.

Los principios específicos del proceso fundacional de una SE condicionan la accesibilidad al tipo societario al establecer los requisitos legales, materiales y formales que deben concurrir en las entidades participantes para la utilización del esquema legal de la SE.

#### A. El principio de acceso limitado al tipo social.

El rasgo morfológico más significativo de la SE es la existencia de un *número clausus*, tanto en las modalidades de constitución o vías de acceso (fusión, holding, transformación o filial común), como en los sujetos o sociedades que pueden acceder al tipo societario. El principio de acceso limitado<sup>557</sup> al tipo social establecido por el RESE deviene de su naturaleza jurídica como instrumento de concentración, cooperación o reestructuración empresarial *sui generis* de ámbito europeo, cuyo resultado es siempre la fundación de una nueva organización societaria capitalista supranacional de Derecho europeo. Únicamente están legitimadas para crear una SE, o lo que es lo mismo, sólo pueden tener la “condición de constituyentes”<sup>558y559</sup> de una SE, las sociedades y entidades

---

<sup>557</sup> Vid. FERRANDO VILLALBA, M. L., “Sujetos que pueden participar en la constitución...”, ob. cit., pág.56; ANSÓN PEIRONCELY, R., *Sociedad Anónima ...*, ob. cit., pág. 97; ESTEBAN VELASCO, G., “La sociedad cerrada europea: ¿figura complementaria o alternativa a la Sociedad Europea?”, *RdS*, núm. 13, 1999, pág. 168. Precisamente las limitaciones establecidas para el acceso a la constitución de la SE es lo que determina su naturaleza de sociedad “cerrada”, que se ha justificado por el legislador comunitario por considerar que los beneficios del tipo social deben estar limitados a las sociedades que hagan un uso lícito de ellos, con la interdicción de su uso en fraude de ley.

<sup>558</sup> Vid. SAGASTI AURREKOETXEA, J. J., « La constitución de la « Societas Europaea –SE-», *RdS*, núm. 19, 2002, pág. 130.

<sup>559</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La constitución de la ...”, ob. cit., pág. 114, nota 82, utiliza el concepto de condiciones de acceso de DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “La Societas Europea: los caracteres, el significado y el acceso a este tipo comunitario”, en Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de La Laguna, T., I, Universidad de La Laguna, 1993, págs. 262 -263; entendiendo por “condiciones de acceso a la SE, las circunstancias que ha de concurrir para que los particulares interesados en constituir una entidad asociativa (en sentido amplio) de ámbito comunitario, puedan utilizar el esquema legal de la SE para regular sus relaciones y, en consecuencia, para aprovecharse de las posibles ventajas de su utilización”.



expresamente autorizadas por el RESE, y solo para las modalidades de constitución en las que esté permitida su intervención. En todo caso, el RESE no permite nunca la creación "*ex nihilo*" de una SE, su constitución está condicionada siempre al proceso de reestructuración, concentración o cooperación empresarial de sociedades ya existentes que desarrollen una actividad mercantil de ámbito comunitario.

El principio de acceso limitado o restringido a la SE en el RESE se perfila en dos dimensiones: una subjetiva, relativa a los sujetos legitimados como constituyentes de la SE; y otra objetiva relacionada con el *número clausus* de modalidades "*originarias*" (cuatro) de constitución y una quinta modalidad de constitución "*derivativa*"<sup>560</sup> mediante la constitución de una filial SE por una SE ya constituida (cfr. Art. 3.2 RESE), excluida del objeto de este trabajo.

*a) Limitaciones subjetivas.*

Desde la perspectiva subjetiva, esto es, los sujetos legitimados para participar en la constitución de una SE, no existe en el RESE ningún procedimiento de creación *ex novo* de una SE, siendo necesario la existencia previa de entidades con personalidad jurídica o sociedades en funcionamiento. Se limita, con carácter general, la participación de las personas físicas en la fundación de una SE aunque se pueda permitir la participación de las sociedades unipersonales siempre que se cumplan los requisitos del RESE y la Duodécima Directiva. El RESE alude expresamente a las sociedades unipersonales en la modalidad de constitución derivativa (SE filial unipersonal de otra SE ya constituida – Art. 3.2 RESE-). La interpretación sistemática del RESE en este sentido, parece prohibir la unipersonalidad originaria en la constitución del tipo societario SE, circunstancia esencial del proceso constituyente de una SE donde se exige la participación de "*al menos*" dos entidades que reúnan los caracteres de constituyente según su modalidad (Art. 2 apartado 1, 2 y 3 RESE), con la excepción de la modalidad constitutiva de transformación de una SA en SE, condicionada por la existencia de una sociedad filial sujeta al Ordenamiento de otro Estado miembro (Art. 2.4 RESE).

---

<sup>560</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, I., "El Futuro del Derecho de sociedades en Europa...", ob. cit., pág.4.

El tipo social o entidades jurídicas legitimadas para participar en la constitución de la SE depende de la concreta modalidad de constitución elegida, esto es, la limitación subjetiva de accesibilidad a la SE se supedita o condiciona por el procedimiento formal de constitución cuando el Art 2 RESE distingue entre:

a) Constitución de una SE por fusión: únicamente se reconoce a las Sociedades Anónimas nacionales contempladas en el Anexo I del RESE (Art. 2.1 RESE), sean unipersonales o no pues el RESE no especifica su exclusión. En los supuestos de SE-fusión se contempla además otra limitación indirecta de carácter subjetivo que puede venir impuesta por las legislaciones nacionales (Art. 19 RESE<sup>561</sup>) siempre que se fundamente en razones de “*interés público*”. El Art. 318 LSA, reconoce al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia o de la Comunidad Autónoma donde la SA tenga su domicilio, el derecho de oposición por *razones de interés público*, a que una sociedad anónima española participe en la creación de una SE en otro Estado miembro mediante fusión. Cuando la sociedad española esté sometida a la supervisión de una Autoridad de vigilancia, la oposición a su participación también podrá ser ejercida por esta Autoridad. Los apartados 2 y 3 del Art. 318 LSA establecen el modo, forma y plazo para ejercer este derecho de oposición, factible desde que se conozca el proceso de fusión hasta que el Registrador mercantil expida el certificado de legalidad previsto en los Arts. 25 RESE y 321 LSA y en todo caso, antes de la inscripción de la SE. El Registrador mercantil en los cinco días siguientes a aquel en el que tenga conocimiento del depósito del proyecto de constitución, deberá comunicarlo al Ministerio de Justicia, a la Comunidad Autónoma del domicilio social de la sociedad, y en su caso, a la Autoridad de vigilancia correspondiente, para que

---

<sup>561</sup> El Art. 19 RESE establece que: “*En la legislación de los Estados miembros se podrá establecer que una sociedad sujeta al Ordenamiento jurídico del Estado miembro de que se trate no podrá participar en la constitución de una SE por medio de fusión en caso de que una autoridad competente en dicho Estado miembro se oponga a ello antes de la expedición del certificado a que se refiere el apartado 2 del artículo 25*”.

puedan formular la oposición a la participación de la sociedad anónima en la constitución de la SE, siempre motivado en razones de interés público<sup>562</sup>.

b) Constitución de SE- holding: están legitimadas únicamente las SA y SRL nacionales contempladas en el Anexo II del RESE (Art. 2.2 RESE).

c) Constitución de SE filial común: el elenco de sociedades legitimadas como constituyentes se amplía a todas las entidades del Art. 48 TCE<sup>563</sup>, esto es, “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”, y además “todas las entidades de derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad” (Art. 2.3 RESE).

d) Constitución de SE por transformación de sociedad nacional: únicamente se contempla para las sociedades tipificadas como anónimas y constituidas con

---

<sup>562</sup> Vid. FAJARDO GARCÍA, I.G., “Constitución por fusión de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, AAVV., Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea ...*, ob. cit., págs. 154 -155.

La cláusula de salvaguardia del *interés público* en los supuestos de constitución de SE-fusión puede ser una fuente de conflictos de interpretación y aplicación ante un término jurídico indeterminado como “*el interés público*”. Las aportaciones jurisprudenciales (nacional y europea) y doctrinales serán las responsables de dar cierta luz sobre esta cuestión en la que confluyen intereses públicos y privados. Por su parte, la doctrina en este punto constata el uso discriminatorio de esta cláusula de salvaguardia tanto en el RESE como en las legislaciones nacionales. Las declaraciones expresas respecto de esta cláusula, solo se prevén en los supuestos de traslado del domicilio social de la SE que suponga cambio de la legislación aplicable (Art. 8.14 RESE y Art. 316 LSA) y en los supuestos de constitución de la SE-fusión (Arts. 19 RESE y 318 LSA), sin que exista tal posibilidad en el resto de las modalidades de constitución, lo que “*quizás impida una interpretación extensiva de la cláusula de salvaguardia ..., a fin de dar cauce a la libertad de establecimiento*”. Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea por creación de Holding y por fundación de filial común”, AAVV., Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea ...*, ob. cit., pág. 211.

<sup>563</sup> El Art. 48 TCE, referido a la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, equipara las sociedades a las personas físicas a efectos del derecho de establecimiento, siempre que las sociedades o personas jurídicas estén constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad (requisito de vinculación europea). Vid. FERRANDO VILLALBA, M.L., “Sujetos que pueden participar en la constitución de una ..”, ob. cit., pág. 61.

arreglo al Ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad (Art. 2.4 RESE). Al igual que en los supuestos de constitución de una SE por fusión, la referencia a las Sociedades anónimas deberá ser entendida como aquellas contenidas en el Anexo I RESE.

En cualquiera de las modalidades constitutivas, las sociedades en disolución están legitimadas para participar en la fundación de una SE, siempre que no hayan comenzado la fase de liquidación<sup>564</sup>. Postura sostenida al amparo de lo previsto en los antecedentes del RESE, en el Art. 21 PRESE 1975 y Art.17.2 PRESE 1989 o en el Art. 3.2 de la Tercera Directiva de Sociedades (78/85/CEE), así como en nuestra legislación nacional para los supuestos de fusión (Art. 28 LME, antes Art. 251 LSA), o transformación (Art. 5 LME).

La doctrina<sup>565</sup> cuestiona las limitaciones subjetivas impuestas por el legislador comunitario a la SE por las siguientes razones:

a) La reserva impuesta a las personas físicas en el momento fundacional de la SE no impide que una vez constituida la sociedad las personas físicas puedan adquirir la condición de socio. Esta limitación no se contempla para otros instrumentos comunitarios similares como la Sociedad Cooperativa Europea<sup>566</sup> o en la propuesta de Estatuto para la Sociedad Privada Europea<sup>567</sup>.

---

<sup>564</sup> Vid. LARGO GIL, R., "La constitución ..." ob. cit., pág. 119; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "Procedimientos para la constitución ...", ob. cit., págs. 287-289; SAGASTI AURREKOETXEA, J.J., "Las constitución de la ...", ob. cit., pág. 115 y ss; FERRANDO VILLALBA, M.L., "Sujetos que pueden ...", ob. cit., págs. 61-62.

<sup>565</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., "El Reglamento...", ob. cit., pág. 21.

<sup>566</sup> Vid. Reglamento (CE) nº 1435/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), (DOUE L 207, de 18 de agosto de 2003) en su Art. 2.1 reconoce la posibilidad de constitución de una SCE por un mínimo de cinco personas físicas que residan al menos en dos Estados miembros diferentes.

<sup>567</sup> Vid. Proposal for a Council Regulation on the Statute for a European private company (present by the Commission) SEC (2008) 2098, Brusels, COM (2008) 396/3, disponible en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/epc/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_en.htm).

La Exposición de motivos de Proyecto de Estatuto sobre Sociedad Privada Europea, no reconoce limitación alguna ni subjetiva ni ojetiva para el acceso al nuevo tipo social: *"There is no restriction on the formation of the SPE. It may be set up by one or more founders, natural persons and/or companies or firms under article 48 of the EC Treaty. In addition, an SE, an European Cooperative Society, an European Economic Interest Grouping or another SPE may also take part in the formation of an SPE. " ...". The Regulation does not restrict the manner in*

b) En relación a la limitación impuesta a las Sociedades de Responsabilidad Limitada para participar en la constitución de una SE-fusión, el legislador comunitario parece “ignorar la existencia de un derecho armonizado que no solo está destinado a las sociedades anónimas y, por otra parte, obviar la reconocida polivalencia funcional entre tipos societarios de los diferentes Estados miembros, lo que puede llevar a que sociedades que en la práctica comparten una misma estructura y funcionalidad no tengan el mismo acceso a la constitución de una SE<sup>568</sup>”, y se añade, que tal discriminación respecto de las SRL se equipara a la aplicación de la cláusula de salvaguarda de interés público en supuestos de SE-fusión contenida en el Art. 19 RESE y concordante en la legislación nacional del Art. 318 LSA.

c) La doctrina se plantea el trato privilegiado dispensado a las sociedades anónimas nacionales respecto de otros tipos societarios para acceder a la SE, y si únicamente se reconoce para las SA regularmente constituidas conforme al Ordenamiento nacional que le resulte aplicable, o si sería posible el acceso de la SA en formación y SA irregular. El RESE no establece nada al respecto, la solución en todo caso, está condicionada a la modalidad de constitución elegida, de tal suerte que en los supuestos de SE por fusión, SE holding y transformación, en una interpretación sistemática de la norma, únicamente se reconocería el acceso a las Sociedades anónimas (o SRL en los supuestos de SE-holding) que estén

---

*which an SPE may be created. A SPE may be set up ex nihilo, in accordance with the provisions of the Regulation. It may also be created by transforming or dividing an existing company or by the merger of existing companies. Any company form existing under national law (private or public, with or without legal personality) may become an SPE, in accordance with the relevant provisions of national law. An SE or another SPE may also participate in the formation of an SPE”.*

Vid. HOMMELHOFF, P., “The European Private Company before its pending legislative birth”, *German Law Journal*, Vol. 9, nº.6, 2008, págs. 799-818, disponible en <http://www.germanlawjournal.com>

<sup>568</sup> Vid. FERRANDO VILLALBA, M. L., “Sujetos que pueden participar...”, ob. cit., pág. 58; y citado por esta autora en la nota número 17 a VEIGA COPO, A .B., “La sociedad anónima europea y la fusión transnacional”, *Noticias de la Unión Europea*, 2004, pág. 139; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento de la sociedad europea...”, ob. cit., pág. 20, considera, que no se ha tenido en cuenta la equivalencia funcional de los diferentes tipos societarios, como en el supuesto de la sociedad anónima francesa que puede resultar funcionalmente equivalente a una sociedad de responsabilidad limitada alemana; FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, I., “El futuro del derecho de sociedades...”, ob. cit., pág. 4, cuestiona por su parte la exclusión de las sociedades de responsabilidad limitada en la constitución de SE por fusión, “*máxime cuando sean éstas las llamadas a extinguirse*”.

regularmente constituidas<sup>569</sup>; por otro lado, en los supuestos de constitución de una SE-filial el límite legal se establece para las entidades que no persigan un fin lucrativo o carezcan de autonomía patrimonial, no constando impedimento alguno para participar en la constitución de la SE-filial las sociedades en formación o irregulares. La flexibilidad de la modalidad constitutiva de SE-filial está pensada como vía de acceso para las PYMES, y en este sentido se asimila al régimen de acceso previsto en el Proyecto de Estatuto de Sociedad Privada Europea al admitir a todo tipo societario con o sin personalidad jurídica que persigan el ánimo de lucro. Esta disparidad de trato en la base subjetiva de SE-filial respecto de las demás modalidades constitutivas que se limitan a las sociedades capitalista, no parece case muy bien con la tipología funcional pretendida para la SE como instrumento de reestructuración y cooperación de la “gran empresa”.

*b) Limitaciones objetivas.*

Las limitaciones de carácter objetivo del RESE abarcan esencialmente al *numerus clausus* de vías de acceso o modalidades constitutivas limitadas a cuatro, que son: la constitución de una SE-fusión (Arts. 17 a 31 RESE); SE-holding (Arts. 32 a 34 RESE); SE filial común (Arts. 35 a 36 RESE) y constitución de una SE por transformación (Art. 37 RESE); considerados todos ellos como modos originarios frente al procedimiento “*derivativo*” del Art. 3.2 RESE consistente en la creación de una SE filial íntegramente participada por otra SE ya existente, sin impedir en todo caso, que las sociedades SE filiales constituyan otras SE, siendo posible por tanto la constitución en cadena de sociedades europeas. El RESE en estos supuestos permite que la SE filial sea unipersonal, en cuyo caso, se aplicarán, *mutatis mutandi*, las disposiciones nacionales relativas a la Duodécima Directiva reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada de socio único<sup>570</sup>.

De lo expuesto respecto a las limitaciones de accesibilidad al tipo societario, podemos extraer algunas conclusiones útiles en el proceso constituyente de una SE. Ambas limitaciones, tanto las subjetivas dependientes de la modalidad de

---

<sup>569</sup> Vid. FERRANDO VILLALBA, M.L., “Sujetos que pueden participar ...”, ob. cit., pág. 61.

<sup>570</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob. cit., pág. 104; FERNÁNDEZ DE CORDOVA CLAROS, I., “El futuro del derecho de sociedades...”, ob. cit., pág. 4.

constitución elegida, como las objetivas por el *numerus clausus* de vías de acceso, integran parte de los rasgos morfológicos esenciales de caracterización de la SE. No obstante, si bien estos requisitos parecen incuestionables por imperio de la Ley en la configuración tipológica actual de la SE, nada impide, y especialmente atendiendo a las críticas de la doctrina y precedentes legislativos del RESE, modificaciones legislativas que adecuen el tipo societario a las necesidades del mercado y la funcionalidad específica de la SE. En este sentido, la naturaleza jurídica del RESE propuesta como modelo de modificación estructural empresarial comunitaria *sui generis*, que persigue la constitución de un tipo societario supranacional (SE) con personalidad jurídica comunitaria, destinado funcionalmente a la integración jurídica de las operaciones de reestructuración, concentración y cooperación empresarial comunitaria en el Mercado interior, aconsejan la flexibilización de los límites actuales subjetivos y objetivos en dos direcciones:

a) Por un lado, y respecto de las sociedades legitimadas para participar en la constitución de una SE, la inclusión de las SRL entre las sociedades legitimadas para constituir una SE mediante fusión o transformación en SE, contribuye a la flexibilización de estas modalidades y las equipara a las restantes modalidades sin desvirtuar a la SE como prototipo de reestructuración de la gran empresa; además se evitarían discriminaciones funcionales injustificadas entre las sociedades capitalistas, que por otro lado, empiezan a desaparecer en las legislaciones nacionales. En este sentido, la actual Ley 3/2009, sobre Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en un esfuerzo de racionalización normativa de las sociedades de capital y a la espera de una compilación del Derecho de las sociedades mercantiles en un cuerpo legal unitario, ha unificado y ampliado el régimen jurídico de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles bien por la naturaleza de su objeto como por la forma de su constitución<sup>571</sup>.

b) Respecto de los *numerus clausus* de vías de acceso o limitaciones objetivas, se cuestiona la posibilidad de ampliar el catálogo de modalidades constituyentes

---

<sup>571</sup> Vid. Preámbulo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles (BOE de 4 de abril 2009), y el Art. 2 relativo al ámbito subjetivo de la norma.

incluyendo la cesión global de activo y pasivo por analogía con la tipificación de esta operación como modificación estructural en nuestra legislación nacional<sup>572</sup>. Los precedentes legislativos del RESE incorporaron en 1991 por primera vez la transformación como modalidad de acceso al tipo societario de la SE, ampliando así el catálogo y flexibilizando la SE sin desnaturalizar su funcionalidad y tipología.

### **B. Dimensión europea o plurinacionalidad de la SE.**

La *plurinacionalidad*<sup>573</sup> o dimensión europea de la SE aborda la exigencia formal de la participación necesaria como mínimo de dos o más sociedades o entidades jurídicas vinculadas a dos o más Ordenamientos nacionales diferentes, ya sea mediante el establecimiento de su sede social real o efectiva o mediante un establecimiento secundario – filial, sucursal o agencia-. Se trata de un principio constitutivo de la SE que afecta a los rasgos morfológicos del tipo a través de elementos materiales y formales exigidos por el RESE, sin posibilidad de su exclusión ni modificación por disposición estatutaria o voluntad negocial de las partes.

La dimensión europea o plurinacionalidad de la SE diferencia el componente estático referido a los requisitos formales que concurren en las entidades promotoras para adquirir la condición de constituyentes, del componente dinámico relativo a las condiciones materiales de la unidad económica transnacional europea que justifican la necesidad de una unidad jurídico-comunitaria como la SE.

*a) Elemento estático de la plurinacionalidad: el hecho jurídico europeo de las sociedades promotoras.*

Las modalidades de constitución previstas por el RESE pretenden garantizar el acceso únicamente a las empresas *“con vocación e implantación*

---

<sup>572</sup> El Art. 1 LME aborda el ámbito objetivo de la norma al establecer que: *“La presente Ley tiene por objeto la regulación de las modalidades estructurales de las sociedades mercantiles, consistentes en la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social”*.

<sup>573</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *“El Reglamento de la ...”*, ob. cit., pág.31.



européa<sup>574</sup>”, al exigir a los tipos societarios constituyentes una plurinacionalidad<sup>575</sup> más o menos intensa en función del grado de implantación de las sociedades en los distintos Estados Miembros. La exigencia de la dimensión europea se conoce por la doctrina como “*fait européen*”<sup>576</sup> (hecho europeo) materializado para las sociedades no europeas a través de sus filiales constituidas conforme a la legislación de un Estado Miembro, o la posibilidad de constitución de una SE reconocida a una sociedad cuya administración central no se encuentre en la Comunidad, pero esté constituida con arreglo al Ordenamiento jurídico de un Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía del Estado miembro (cfr. Considerando 23 RESE). El RESE resuelve la “*dimensión europea*” o “*transnacionalidad de la situación*”<sup>577</sup> al establecer la condición o

---

<sup>574</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La constitución de la Sociedad ..”, ob. cit., pág. 118, resume la vocación europea de la SE, como la “*participación de sociedades que determinen la implicación de, al menos, dos Estados miembros diferentes: bien porque existan unos vínculos jurídicos, es decir, que esas sociedades dependan de los ordenamientos jurídicos de dos Estados miembros, bien porque se de un vínculo efectivo y continuo con la economía de otro Estado miembro*”.

<sup>575</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El Reglamento de la Sociedad ...”, ob. cit., pág. 31, critica el requisito de la plurinacionalidad en las modalidades originarias de constitución de una SE, pues esta cualidad no se exige en los supuestos de constitución de una SE filial de otra SE. Entiende que aunque esta medida esté orientada “*con toda probabilidad a la protección de las formas societarias nacionales, carece de fundamento dentro de un mercado supranacional sujeto a intensa competencia y son difíciles de justificar incluso a la luz del principio de subsidiariedad consagrado en el Art.5 TCE, no obstante la posibilidad excepcional de que sociedades cuya administración central se halle fuera de la UE puedan participar en la constitución de una SE, siempre que hayan sido creadas con arreglo al Ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tengan su domicilio social en dicho Estado y mantengan una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro (Considerando 23)*”.

<sup>576</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza.....”, ob. cit., pág.152.

<sup>577</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento de la Sociedad..”, ob. cit., págs. 21-22, califica a estos criterios de transnacionalidad tipificados por el RESE, como arbitrarios y formales, sin que pueda asegurarse una relación sustantiva con la operación efectivamente pretendida; tampoco entienden que los mismos casen bien con las libertades comunitarias, especialmente con la libertad de prestación de servicios o circulación de mercancías, ya que obligaría en todo caso a las empresas europeas a pasar necesariamente por fijar un establecimiento – filial o sucursal- en otro Estado miembro si quisieran acceder a una SE y por lo tanto, tampoco favorecen la internacionalización o europeización pretendida de las empresas, pudiendo resultar en ocasiones discriminatorios a la vez que fácilmente manipulables, ya que pueden constituirse establecimientos o filiales inoperativas con la sola finalidad de poder acceder a la constitución de una SE.; Por su parte, MARTÍNEZ – ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La

presupuesto objetivo necesario a todas las sociedades o entidades jurídicas participantes en la fundación de una SE, de estar relacionadas con dos o más Estados miembros de la Unión Europea, ya sea con vínculos jurídicos *strictu sensu* – sociedades o entidades sujetas a los Ordenamientos jurídicos de dos o más Estados miembros (*transnacionalidad de primer grado*<sup>578</sup>)- o que cuente con una *vinculación efectiva* y continua con la economía de otro Estado miembro a través de un establecimiento secundario desde al menos dos años antes de la constitución de la SE (*transnacionalidad de segundo grado*<sup>579</sup>).

Dependiendo de la modalidad de constitución elegida para la SE, la dimensión europea en los supuestos de fusión exige que al menos dos de las SA participantes estén sujetas a Ordenamientos de Estados miembros diferentes (Art.2.1 RESE); en el caso de constitución de SE -holding y SE filial común se exige que al menos dos de las sociedades o entidades participantes estén sujetas a Ordenamientos distintos o tengan una filial o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes de la constitución de la SE (Art. 2 . 2 y 3 RESE); y en el supuesto de constitución de una SE por transformación, se exige que la SA constituyente tenga una filial sujeta al Ordenamiento de otro Estado miembro durante, al menos, dos años. En esta última modalidad de constitución, la redacción del Art. 2.4 RESE, no es tan precisa como en los supuestos anteriores a la hora de determinar el *dies a quo* para el cómputo de plazo de dos años referido a la filial establecida en otro Estado miembro, pero habrá que entender sobre la base de una interpretación teleológica y hermenéutica del Reglamento y sus principios configuradores, que estos requisitos habilitantes (*“haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro*

---

Sociedad Europea. Régimen específico...”, ob. cit., pág. 192, entiende que “El RESE debiera acudir a criterios funcionales para asegurar la vocación transnacional de la actividad de la SE – comprobando periódicamente que se cumple el ejercicio de esa actividad comercial de carácter pluriterritorial -. Es más fácil comprobar el presupuesto objetivo requerido por el RESE,... Pero con la misma facilidad se vacía de su contenido la *ratio legis*, y no solo con carácter previo con la constitución anticipada de sedes o filiales de actividad nula, sino también a posteriori por medio de lo que se ha llamado la territorialidad sobrevenida”.

<sup>578</sup> Vid. FERNÁNDEZ DE CORDOVA – CLAROS, I., “El futuro del Derecho de Sociedades...”, ob. cit., pág. 4.

<sup>579</sup> *Ibidem* nota anterior.

*Estado miembro durante, al menos, dos años*") han de concurrir, al igual que en el resto de los procedimientos constitutivos, al tiempo de la constitución de la SE, es decir, solamente la SA que tenga en el momento de la transformación una sociedad filial sometida al Ordenamiento de nacional de otro Estado miembro con una antigüedad mínima de dos años, podrá transformarse en SE, cualquier otra posibilidad provocaría inseguridad jurídica al no especificar la fecha para el cómputo del plazo establecido<sup>580</sup>.

El Art. 2 RESE en sus distintos apartados, establece un presupuesto común a todas las sociedades o entidades participantes en la constitución de una SE: "*sociedades constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y que tengan su domicilio social y administración central en la Comunidad*"<sup>581</sup>. Se introduce en esta disposición una norma de conflicto, la constitución de conformidad con el Ordenamiento de un Estado miembro, y dos puntos de conexión, el domicilio social y la administración central. Esta exigencia es una manifestación más del criterio o *teoría de la sede real* que rige en el RESE, y tan solo permite una excepción al permitir a los Estados miembros que acepten la posibilidad de que una sociedad cuya administración central se localice en un tercer Estado pueda participar en la constitución de una SE, siempre que se hubiera constituido de conformidad con la legislación de un Estado miembro, tengan en el mismo su domicilio social y además presente una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro (Art. 2.5 RESE). Este último elemento, calificado por la doctrina como la "*vinculación europea*"<sup>582</sup> o "*el carácter territorial de la*

---

<sup>580</sup> Vid. SAGASTI AURREKOETXEA, J.J., "La constitución de la ...", ob. cit., pág. 151.

<sup>581</sup> En este sentido DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "Procedimientos para ...", ob. cit., págs. 289 - 290, nos recuerda que "las entidades jurídicas que participan en este proceso - constitución de una SE- se siguen rigiendo por su Derecho nacional - como no podía ser de otra manera-, especialmente por lo que se refiere a los socios y a los terceros" y continúa especificando que "La invocación del "ordenamiento jurídico" de un Estado miembro para determinar la cualidad que legitima a una entidad como fundadora de una SE debe ser entendida como la totalidad de las norma jurídicas del Estado miembro conforme al cual las entidades intervinientes han sido constituidas", y todo ello, sin prejuzgar las modificaciones que puedan ser introducidas por la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea realice en la aplicación de un texto uniforme como el RESE.

<sup>582</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R., *Sociedad Anónima...*, ob. cit., pág. 107; FERRANDO VILLALBA, M. L., "Sujetos que pueden participar...", ob. cit., pág. 59; GARCIMARTÍN

*potencialidad constituyente subjetiva*<sup>583</sup> de las sociedades o entidades jurídicas que participan en la constitución SE, se ha interpretado de conformidad con los principios establecidos en el Programa general de 1962 para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento, y en tal sentido, el considerando 23 de propio RESE, reconoce tal situación en los supuestos de una sociedad que tenga en dicho Estado miembro un establecimiento y realice operaciones desde el mismo. Con esta excepción, el RESE da entrada a la *teoría de la constitución* para la determinación de la *lex societatis* de la sociedad, criterio a su vez vinculado con la nacionalidad de las sociedades en determinados Ordenamientos. En este sentido, las consideraciones del apartado 27 del preámbulo del RESE establece que “... el régimen de la sede real que el presente Reglamento establece para la SE se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones de los Estados miembros y no prejuzga las opciones que puedan adoptarse para otras normas comunitarias en materia de derecho de sociedades”.

En nuestro Ordenamiento, el legislador se ha hecho eco de estas previsiones en el Art. 317 LSA<sup>584</sup>, con algunas precisiones respecto a la consideración de “*vinculación efectiva*”. Así el apartado segundo del Art. 317 LSA establece la exigencia no solo de un establecimiento desde el que se realicen sus operaciones sino también desde el que se dirijan. De esta forma, se permite a las sociedades con administración central en territorio extracomunitario que se beneficien de la

---

ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento...”, ob. cit., pág. 21 se refiere a este aspecto aludiendo al requisito de participación en la constitución de una SE de “sociedades comunitarias” en clara alusión al criterio de la nacionalidad de las sociedades; DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “Procedimientos para ...”, ob. cit., pág. 284.

<sup>583</sup> Esta es la terminología utilizada por SAGASTI AURREKOETXEA, J.J., “La constitución de la ...”, ob. cit., pág. 130 y 131, que nos parece acertada pues no informa de las cualidades exigibles a las sociedades o entidades participantes en la constitución de la SE.

<sup>584</sup> Art. 317 LSA establece: “Participación de otras sociedades en la constitución de una sociedad anónima europea.

*En la constitución de una SE que se haya de domiciliar en España, además de las sociedades indicadas en el Reglamento (CE) nº. 2157/2001, podrán participar las sociedades que, aun cuando no tengan su administración central en la Unión Europea, estén constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tengan en él su domicilio y una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro.*

*Se presume que existe vinculación efectiva cuando la sociedad tenga un establecimiento en dicho Estado miembro desde el que dirija y realice sus operaciones”.*

posibilidad de constituir una SE, y se da entrada de este modo a las grandes multinacionales con centros operativos en otros países, pero con establecimientos (sucursales) o filiales en el interior de la Unión Europea.

El requisito de transnacionalidad o plurinacionalidad de las sociedades o entidades promotoras, en sus diversas variantes, es objeto de verificación por parte de la Autoridad competente (el RESE se refiere al tiempo de la constitución de la SE) según el procedimiento previsto en cada modalidad, correspondiendo esta atribución al Notario y al Registrador mercantil en los supuestos de sociedades europeas domiciliadas en España.

*b) Elemento dinámico de la plurinacionalidad: el hecho europeo económico.*

La “*dimensión europea*” contenida en el Considerando 7 del RESE, reconoce la creación de una sociedad sujeta a una reglamentación unitaria sin los inconvenientes derivados de una disparidad y aplicación territorial de las legislaciones nacionales, así, la SE resultante del proceso constituyente es plurinacional cuando se alcance la “*correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad*” (considerando 6 RESE). ANSÓN PEIRONCELY<sup>585</sup> señala que la “*dimensión europea*” de la SE referida a la unidad económica transnacional se perfila como un *concepto jurídico indeterminado* sobre el

---

<sup>585</sup> Vid. ob. cit. La Sociedad anónima..., pág. 105; Para FERRANDO VILLALBA, M<sup>a</sup>. L., “Sujetos que pueden participar ...”, ob. cit., pág. 59, el concepto de dimensión europea no se presupone por el carácter internacional o transnacional de la SE, sino que puede resultar difícil de concretar a priori, y pueden tenerse del mismo distintas posiciones más o menos amplias; en cualquier caso, entiende que la dimensión y la vinculación europea de la SE son dos aspectos de gran importancia con los que se trata de evitar que cualquier sociedad anónima o limitada, o cualquier entidad civil o mercantil, pública o privada, pueda crear una SE. No podemos estar de acuerdo con este planteamiento, pues si bien es cierto que una de las características de la SE es su acceso limitado al tipo (fácilmente comprobable conforme a lo dispuesto en el Art. 2 RESE, prohibiendo la participación en la constitución a las personas físicas, y sobre todo, la limitaciones más o menos evidentes a las PYMES), los caracteres de “*dimensión y vinculación europea*” de la SE, pretende buscar la interconexión entre una realidad económica transnacional de las empresas europeas y su configuración técnico jurídica que garantice el “*hecho europeo*”.

que no existe unanimidad a priori, pero sí una cierta aproximación derivada del laborioso proceso legislativo del RESE<sup>586</sup>.

Nos referimos al elemento dinámico de la dimensión europea de la SE en contraposición al estático o plurinacionalidad que se exige en el momento constituyente de la SE, donde el hecho europeo se relaciona con el criterio técnico-jurídico de la nacionalidad de las entidades participantes y otros requisitos formales fijados por el RESE. Por el contrario, la dimensión dinámica de la plurinacionalidad de la SE, se relaciona con el hecho europeo económico, esto es, la actividad económica transfronteriza que se exige de forma inmediata y/o mediata (vinculación efectiva real con la economía de un Estado miembro de los establecimientos secundarios) a las sociedades promotoras en el momento fundacional, pero que continúa después en la SE ya constituida al exigir una actividad económica desarrollada a nivel comunitario, la correspondencia entre unidad económica europea y la jurídica de la SE. Si bien el RESE regula el hecho europeo económico en el momento fundacional, no ocurre así en la etapa de desarrollo de la SE, pudiendo utilizarse en estos supuestos la SE como instrumento intermedio necesario para evitar legislaciones nacionales no deseadas (por ejemplo, para evitar las normas de cogestión del Ordenamiento alemán, se podría crear una situación transfronteriza ficticia para fundar una SE domiciliada en Alemania o en otro Estado miembro bajo el sistema monista, para continuar operando en un momento posterior tan solo en un mercado local o nacional).

---

<sup>586</sup> En los planteamientos iniciales de Estatuto de la SE ya se concibe la SE como un instrumento de cooperación y reestructuración empresarial transfronteriza indispensable, no solo para la consecución de un auténtico mercado común, sino también como el instrumento jurídico empresarial necesario para mantener la posición competitiva de la Comunidad amenazada en los mercados mundiales por sus principales competidores, los Estados Unidos y Japón. Vid. Memorandum de la Comisión al Parlamento, al Consejo y a los interlocutores sociales, sobre Mercado Interior y Cooperación industrial – Estatuto de la Sociedad Europea- Libro Blanco sobre el mercado interior, punto 137, COM (88) 320 final, Bruselas, 15 de julio de 1988, pág. 2 y 5.

---

**CAPITULO SEGUNDO.**  
**EL SISTEMA DE FUENTES EN LAS MODALIDADES DE**  
**CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD EUROPEA.**

I. PRELIMINARES.

El RESE dedica casi la mitad de sus disposiciones a la constitución de la SE sin alcanzar un régimen jurídico completo y autosuficiente. Esta regulación insuficiente se suple mediante la remisión general a los Ordenamientos nacionales del Art. 15.1 RESE. El sistema de fuentes previsto en sede de constitución de la SE no difiere del establecido con carácter general para la SE y se confirma una vez más, la naturaleza híbrida comunitario-nacional del RESE. Técnicamente las modalidades de constitución de la SE se clasifican entre las materias “*reguladas solo en parte*” del Art. 9 RESE.

El complejo sistema de fuentes diseñado por el RESE se aplica a todas y cada una de las modalidades “*originarias*” de constitución de la SE, de tal manera que confluyen y se aplican simultáneamente normas de rango comunitario y nacional. La constitución de la SE se rige en primer lugar, por las disposiciones contenidas en el RESE con remisiones expresas a otras normas comunitarias - Directivas-, en segundo lugar, por las normas nacionales de desarrollo del RESE, y en tercer lugar, por la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde la SE establezca su domicilio como fuente subsidiaria en ocasiones, y en otras, como fuente principal por remisión expresa del RESE según de la modalidad de constitución de que se trate. La aplicación de este entramado normativo requiere de un esfuerzo interpretativo e integrador por parte de los agentes intervinientes en el proceso<sup>587</sup> (abogados, notarios,

---

<sup>587</sup> La doctrina también ha constatado que esta situación permitirá un “*test acerca del grado de armonización de las legislaciones nacionales sobre sociedades por obra de la*

registradores, Autoridades, etc) que deben respetar en todo caso, los principios inspiradores del RESE y la propia naturaleza morfológica y funcional de la SE; se trata de un proceso complejo de interpretación y en ocasiones difuso, no exento de inseguridad jurídica que dificulta las soluciones uniformes y únicas a las lagunas legales y técnicas que presenta el RESE, y cuya labor en última instancia corresponde a las Autoridades Jurisdiccionales competentes tanto nacionales como comunitarias (Tribunales nacionales y TJCE). Parece que en torno al “*buque insignia*” del Derecho de Sociedades comunitario surge un “mar” de contradicciones y/o dudas que evidencian una vez más que el RESE es resultado de una conveniencia política buscada a toda costa más que el fruto de un proceso legislativo madurado y ajustado al rigor técnico jurídico requerido<sup>588</sup>.

El objetivo en estos capítulos es determinar el derecho aplicable a cada una de las modalidades de constitución previstas por el RESE, tratando de sistematizar los elementos y condiciones que sean comunes a cualquiera de las operaciones tipificadas para constituir una SE. De esta forma, las lagunas legales de determinados procedimientos se colmarían en lo no previsto en sus fuentes mediante la analogía con las modalidades con mayor reglamentación; por ejemplo, la modalidad de constitución de SE-filial, con regulación a nivel comunitario practicamente inexistente y desplazada hacia los Ordenamientos nacionales (Art. 36 RESE), se ve favorecida mediante el expediente de la analogía con la SE-holding (y ésta a su vez renvia a la SE-fusión) para determinar los requisitos y condiciones procedimentales mínimos y comunes aplicables a cualquier modalidad que garanticen la protección suficiente de los intereses de los socios, acreedores y trabajadores de las empresas promotoras de la operación de constitución de una SE tal y como establece la norma. En esta tarea, nos apoyaremos en la interpretación teleológica y funcional de la SE como instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial de sociedades de distintos Estados miembros, donde las modalidades de acceso canalizan diferentes intereses económicos y estructurales de las entidades promotoras que alcanzan el resultado común de una estructura jurídico-societaria supranacional

---

implementación de las Directivas comunitarias concernidas”, Vid. LARGO GIL, R., “La constitución ...”, ob. cit., pág. 119.

<sup>588</sup> Vid. ESTEBAN VELASCO, G., “El compromiso de Niza...”, ob.cit., págs. 141-162, consideraciones finales.



(SE), con personalidad jurídica independiente de las empresas promotoras y sometida a un derecho especial, donde el negocio jurídico fundacional es la etapa final del proceso multifásico legalmente previsto.

## II. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA DE FUENTES EN LA CONSTITUCIÓN DE UNA SE: EL ARTÍCULO 15 RESE.

La primera consideración general respecto del sistema de fuentes de la SE en sede de constitución, debe hacerse para excluir la aplicación de lo dispuesto en el Art. 9 RESE. Las reglas contenidas en el mismo sólo se aplican a la SE en funcionamiento<sup>589</sup>, es decir, una vez finalizado el proceso constituyente, tal y como expresa el propio artículo "*Las SE se registrarán: ...*"; además, el apartado b) del Art. 9.1 RESE, alude como segunda fuente normativa a los Estatutos sociales de la SE, que difícilmente serán aplicables en la fase fundacional de la misma cuando todavía no han sido aprobados y cuando éstos tienen por objeto establecer las reglas de funcionamiento interno de la SE una vez constituida.

El Art. 15.1 RESE de la sección de generalidades de la constitución de la SE, establece que: "*Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, la constitución de una SE se regirá por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que la SE fije su domicilio social*". Es éste el punto de partida para determinar el derecho aplicable a cada una de las modalidades de constitución de la SE, de tal modo que, todos aquellos aspectos no regulados expresamente por el RESE, se rigen por la legislación del Estado miembro donde se proyecte domiciliar la SE. En principio, el RESE únicamente dedica dos artículos, el 15 y 16 RESE<sup>590</sup> y <sup>591</sup>, a las cuestiones generales de la constitución de una SE, guardando silencio sobre materias societarias como la suscripción e integración del capital social, el régimen jurídico de las acciones, el contenido mínimo de la escritura de constitución y estatutos sociales, los pactos parasociales, ventajas de los

---

<sup>589</sup> Vid. OPLUSTIL, K., "Selected problems concerning formation of a holding SE (Societas Europaea)", *German Law Journal*, Vol. 4, nº 2, Abril, 2003, pág. 108; disponible en <http://www.germanlawjournal.com>.

<sup>590</sup> El apartado 2 del Art. 15 RESE relativo a la inscripción y publicidad de la SE; el Art. 16.1 RESE sobre la personalidad jurídica de la SE y el apartado segundo establece el régimen de la sociedad europea irregular.

<sup>591</sup> Vid. LARGO GIL, R., "La constitución de la ...", ob. cit., pág. 101.

fundadores y su responsabilidad, cuestiones todas ellas que por aplicación del sistema de fuentes son reguladas por la Ley de sociedades anónimas del Estado miembro donde se sitúe el domicilio social la SE; no obstante, parte del régimen jurídico de estos elementos fundacionales (capital, acciones, estatutos, etc) se pueden extraer de las referencias a ciertos requisitos establecidos por el RESE al regular el proyecto de constitución de la SE-fusión, holding y transformación.

El RESE en sede de constitución propone diversas modalidades u operaciones jurídico-técnicas (fusión, transformación, filialización, segregación-holding) aptas para atender las necesidades de concentración, reestructuración y cooperación empresarial intracomunitaria conducentes a la creación de una SE. La técnica legislativa comunitaria<sup>592</sup> utilizada del reenvío a otras disposiciones ya sean comunitarias, nacionales e incluso el reenvío interno a disposiciones del propio RESE para colmar las lagunas de las modalidades de constitución de la SE, se justifica por su inspiración en las operaciones de reestructuración empresarial o modificación estructural entre empresas de un mismo Estado previstas en los Ordenamientos nacionales (fusión, escisión, transformación)<sup>593</sup>.

Las modalidades de constitución de la SE previstas por el RESE se presentan como el cauce legal necesario para la adopción del acuerdo u operación social que permita a las sociedades o entidades nacionales europeas, la reestructuración de sus actividades empresariales a nivel comunitario bajo la forma societaria de una Sociedad Europea. El sistema de fuentes diseñado por el RESE para cada una de la modalidades de constitución de la SE está supeditado a

---

<sup>592</sup> Vid. SÁNCHEZ RUS, H., "Constitución de la SE por transformación de una SA", AAVV. Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima ...*, ob. cit., pág. 479.

<sup>593</sup> La interacción e inspiración entre los Ordenamientos nacionales y el RESE es bidireccional. Si bien, las operaciones de reestructuración empresarial de los Ordenamientos nacionales (esencialmente el alemán) inspiran inicialmente las modalidades fundacionales de la SE, el RESE es el referente legislativo para la tipificación posterior del catálogo de modificaciones estructurales societarias de Ordenamientos nacionales como el español, (Ley 3/2009, de 3 abril) donde se incluyen, además de la fusión, escisión y transformación, las modalidades de segregación, cesión global de activo y pasivo y el traslado internacional del domicilio social. Vid. BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho ...*, ob. cit., pág.555, reconocen también la unidad sistemática de las modificaciones estructurales como categoría jurídica que trata de describir los cambios en la sociedad que alteran radicalmente su configuración.

la existencia o nó en los Ordenamientos nacionales de la operación de referencia (fusión, holding, filial, transformación); no obstante, la prelación del Reglamento comunitario (RESE) sobre las disposiciones de los Ordenamientos nacionales<sup>594</sup> es una garantía de los principios comunitarios de transparencia en la formación de la voluntad de las entidades participantes en la operación de reestructuración empresarial y protección de los intereses y derechos (información o voto, por ejemplo) de los socios, acreedores y trabajadores de las sociedades o entidades promotoras de la SE.

La identidad de razón entre las normas reguladoras de las modificaciones estructurales nacionales y los procedimientos de constitución previstos en el RESE, permiten la aplicación, mediante el expediente de la analogía, del régimen jurídico de las modificaciones estructurales españolas en los supuestos de remisión del RESE a la legislación aplicable a las Sociedades Anónimas en las operaciones de referencia. De esta forma, el principio del RESE de protección de intereses de los socios y acreedores se garantiza mejor que con la mera remisión a las disposiciones sobre constitución de SA, donde carecen de sentido el derecho de separación de socios o el derecho de oposición de los acreedores. Nos alejamos así, de las posiciones doctrinales que anteponen la naturaleza fundacional de la SE, si acaso como *nuevo género de fundación de sociedades*<sup>595</sup>, a la consideración de una *modificación estructural* y acuden por analogía a las normas sobre fundación sucesiva (Arts. 19-33 LSA y RRM), al instituto jurídico del aumento de capital

---

<sup>594</sup> Vid. SÁNCHEZ RUS, H., "Constitución ...", ob. cit., págs. 478-479; En relación con el procedimiento de transformación de una SA en SE, entiende que el Art. 37 RESE, "invade ámbitos que en pura teoría, deberían haber quedado sometidos a las legislaciones nacionales" esto es, "el procedimiento para la adopción de un acuerdo de transformación debería seguir las reglas establecidas en las legislaciones nacionales, mientras que sería competencia comunitaria del RESE, en cuanto a las exigencias propias del tipo SE"

Vid. DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., "Procedimientos para constituir una SE", AAVV., Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima ...*, ob. cit. pág. 289. En realidad, la legitimación de las entidades para participar en el procedimiento de constitución se rige por sus Derechos nacionales, especialmente por lo que se refiere a los socios y a los terceros, pero la constitución de la SE se rige por las normas expresamente previstas para los procedimientos de constitución en el RESE" independientemente de alguna modalidad de las posibles esté prevista en el Ordenamiento nacional, que se aplicará siempre y cuando, el RESE se remita el mismo.

<sup>595</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, S., *El proceso de constitución ...*, ob.cit., pág. 105.

social con aportaciones no dinerarias o incluso, al régimen jurídico de las OPAS para los supuestos de constitución, por ejemplo, de la SE-holding.

### III. NORMAS APLICABLES A LA CONSTITUCIÓN DE UNA SE MEDIANTE FUSIÓN.

El procedimiento de constitución de una SE mediante fusión está regulado en 15 artículos de la sección 2 del Título II RESE. Es la modalidad con régimen jurídico más detallado, no obstante, la remisión genérica del Art. 18 RESE a las disposiciones nacionales relativas a *“la fusión de sociedades anónimas de conformidad con la Directiva 78/855/CEE<sup>596</sup>”* cubre las lagunas de todas aquellas materias no previstas en su sección. Es una remisión a la legislación nacional armonizada, entendiendo que en aquellos Estados Miembros en los que no se haya realizado la transposición de la Tercera Directiva, la remisión del RESE se interpreta como remisión directa a la Directiva 78/855/CEE de conformidad con lo dispuesto en el Art.17.2 RESE (*“Podrá realizarse la fusión: a) bien con arreglo al procedimiento de fusión por absorción de conformidad con el apartado 1 del artículo 3 de la Tercera Directiva 78/855/CEE ... b) bien con arreglo al procedimiento de fusión por constitución de una nueva sociedad, de conformidad con el apartado 1 del artículo 4 de la mencionada Directiva”*).

El régimen jurídico de la SE-fusión está integrado por normas de distinta naturaleza y rango normativo que exigen un esfuerzo integrador para proporcionar la coherencia necesaria a la institución de la fusión. En este sentido, la técnica del reenvío a otras fuentes normativas en la SE-fusión presenta particularidades<sup>597</sup>: junto a la remisión general del Art. 18 RESE, se aprecian otras remisiones expresas a concretos artículos de Directivas societarias en los que se debe tener en cuenta el texto de ésta y no el texto de la norma nacional de transposición, en cambio, cuando la remisión sea a la legislación nacional conforme a una Directiva, la remisión debe ser entendida precisamente al texto de la norma nacional de incorporación de la Directiva correspondiente. Ejemplos de remisiones expresas al Derecho societario europeo se constatan en el Art.22 RESE para definir a los peritos independientes evaluadores de la operación de fusión

---

<sup>596</sup> Tercera Directiva de Sociedades 78/855/CEE, del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a la fusión de sociedades anónimas (DO L 295, de 20 de octubre de 1978).

<sup>597</sup> Vid. VICIANO PASTOR, J., *“La Sociedad Anónima Europea ...”*, ob. cit., pág. 51.

según el Art. 10 de la Tercera Directiva 78/855/CEE, en el Art. 28 RESE que reenvía para la publicidad de la operación al Art. 3 de la Primera Directiva 68/151/CEE y el Art.31.1 RESE en los supuestos de fusión simplificada reenvía al contenido del Art. 24 de la Tercera Directiva, según la redacción dada por las disposiciones nacionales de transposición para la SA, que en el caso español se corresponde con los Arts. 49 y 50 LME<sup>598</sup> en sustitución del derogado Art. 250 LSA.

La remisión general a las disposiciones nacionales de la fusión de la SA contenida en el Art. 18 RESE para las materias no reguladas, parcialmente reguladas o para los aspectos no cubiertos en el procedimiento de constitución de una SE-fusión (entre otros, las formalidades y requisitos del acuerdo de fusión), supone, en el caso español, la aplicación subsidiaria del régimen general de la fusión de sociedades mercantiles inscritas contenida en los Arts. 22 a 53 LME. Hasta la entrada en vigor<sup>599</sup> de la Ley sobre Modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, las disposiciones de referencia eran las hoy derogadas sobre fusión de sociedades anónimas (Arts. 233-251 LSA).

Por otro lado, si desde el punto de vista conceptual la constitución de la SE-fusión puede ser catalogada como subtipo específico<sup>600</sup> del régimen general de la

---

<sup>598</sup> Los Arts. 49 y 50 LME sistematizan y otorgan mayor precisión técnica a las denominadas “fusiones especiales”, terminología que sustituye a la anterior de “fusiones simplificadas” del Art. 250 LSA, que regula los supuestos de una sociedad absorbente titular del 100% del capital de las sociedades absorbidas o titular del 90% o más, pero no de la totalidad del capital de las SA objeto de absorción. Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias”, *RdS*, núm. 31, 2008, pág. 46.

<sup>599</sup> Disposición final octava de la LME establece la entrada en vigor de la Ley a los tres meses de su publicación en el BOE, esto es, el 4 de julio de 2009, a excepción del Capítulo II del Título II, relativo a las fusiones transfronterizas intracomunitarias que entra en vigor al día siguiente de su publicación.

<sup>600</sup> La fusión transfronteriza intracomunitaria se define en el Art. 54.1 LME como: “...las fusiones de capital constituidas de conformidad con la legislación de un Estado parte del Espacio Económico Europeo y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro del Espacio Económico Europeo, cuando, interviniendo al menos dos de ellas sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes, una de las sociedades que se fusionen esté sujeta a la legislación española”; ésta es fruto de la transposición a nuestra Legislación nacional de la Décima Directiva 2005/56/CEE, aprovechada por el legislador español para revisar el régimen jurídico general de la fusión e incorporar normas procedentes de la

fusión transfronteriza intracomunitaria (Arts. 54-67 LME) al definir a la SE-fusión como la fusión transfronteriza intracomunitaria de dos o más sociedades anónimas constituidas conforme a la legislación de dos o más Estados miembros diferentes que se extinguen mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones de la nueva Sociedad Europea resultante de la fusión; desde el punto de vista formal, la SE-fusión y la fusión transfronteriza se rigen por disposiciones específicas sin remisiones recíprocas, si bien, confluyen en las disposiciones comunes de la fusión en general aplicables subsidiariamente a las materias no reguladas expresamente en sus respectivos regímenes (Arts. 27 y 55 LME<sup>601</sup>). El elemento transfronterizo introduce en la operación societaria de la fusión dos materias importantes y técnicamente complejas como son: la conciliación de diversos Ordenamientos jurídicos y la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza, siguiendo éste último el modelo instaurado por la DITSE para la SE (a nivel nacional implica la modificación de la Ley 31/2006 sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas al incorporar el Título IV aplicable a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital). Otra de las consecuencias derivada del elemento transfronterizo de la fusión es el reconocimiento del derecho de separación de los socios que voten en contra de la operación, previsto tanto en la SE-fusión (Art. 320 LSA<sup>602</sup>) como en las fusiones transfronterizas

---

Décima Directiva que no son consecuencia del elemento transfronterizo y otras posibilidades ofrecidas por la Tercera Directiva. Vid. Preámbulo de la Ley 3/2009, de 3 de abril, apartado primero.

<sup>601</sup> El Art. 27 LME relativo al régimen jurídico de la fusión, establece que: “1. La fusión de dos o más sociedades mercantiles inscritas sometidas a la legislación española se regirá por lo establecido en esta Ley. 2. La fusión de sociedades mercantiles de distinta nacionalidad se regirá por lo establecido en las respectivas leyes personales, sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias y, en su caso, del régimen aplicable a las sociedades anónimas europeas”, y el Art. 55 LME especifica que: “Son aplicables a las fusiones transfronterizas intracomunitarias las disposiciones del este Capítulo y supletoriamente las disposiciones que rigen la fusión en general”.

<sup>602</sup> Este Art. 320 LSA reconoce el derecho de separación a favor de los socios de las sociedades españolas que participen en la SE-fusión conforme a lo dispuesto en el Art. 149 LSA cuando la SE resultante establezca su domicilio en otro Estado miembro. La remisión al Art. 149 LSA, derogado su apartado 2 por la Ley 3/2009, supone la aplicación del Art. 99

intracomunitarias (Art. 62 LME) con igual régimen jurídico al dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada (Art. 97 LSRL).

En definitiva, el régimen legal de la SE-fusión es un supuesto diferenciado y formalmente separado del régimen general previsto por nuestra legislación para el instituto de la fusión de las sociedades mercantiles inscritas (Art. 27.1 LME) y del régimen especial de las fusiones transfronterizas intracomunitarias (Arts. 54-67 LME). En nuestro Ordenamiento, el régimen jurídico del instituto de la fusión formalmente se caracteriza por su dispersión normativa entre un régimen general y dos regímenes especiales para la SE-fusión y las fusiones transfronterizas intracomunitarias, aunque existe una íntima interrelación entre ellos<sup>603</sup> al configurarse el régimen general como subsidiario de los dos especiales tanto para la SE-fusión (Art. 18 RESE) como de la fusión transfronteriza intracomunitaria y además, las disposiciones reguladoras de la fusión en general se aplican a las sociedades españolas que participen en las fusiones transfronterizas en cuanto no contradigan lo dispuesto en su régimen especial. Desde el punto de vista material, el régimen jurídico de la SE-fusión ha influido notablemente en la elaboración de la Décima Directiva 2005/56/CEE, e indirectamente en la configuración definitiva del régimen jurídico general de la fusión de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales, sin perjuicio del carácter transitorio<sup>604</sup> de ésta última a la espera de la refundición y armonización total de las distintas leyes que regulan el Derecho de sociedades y se perfeccionen la técnica legislativa del régimen jurídico de la fusión.

La Ley 19/2005 (LSAEE) aborda la SE-fusión en cinco artículos específicos: el Art. 318 LSA relativo a los supuestos de oposición a la participación de una sociedad española en la constitución de una sociedad anónima europea mediante fusión, el Art. 319 LSA en relación al nombramiento de los expertos que han de informar sobre el proyecto de fusión, el 320 LSA que regula el derecho de separación de los accionistas en caso de fusión, el 321 LSA sobre la certificación exigible a la sociedad que se fusiona y el Art. 322 LSA relativo a la inscripción de

---

LME regulador del derecho de separación de los socios en los supuestos de traslado internacional del domicilio social.

<sup>603</sup> Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., "Comentario al Proyecto...", ob.cit., pág. 34.

<sup>604</sup> Cfr. Preámbulo apartado II, de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y la Disposición final séptima.

la sociedad resultante de la fusión. Disposiciones aplicables tanto a las sociedades anónimas españolas que participen en el procedimiento de constitución de una SE con domicilio en otro Estado miembro, como a los casos en los que la SE resultante de la fusión establezca su domicilio social en España.

La dispersión normativa que rige la constitución de una SE mediante la fusión de dos o más sociedades anónimas de diferentes Estados miembros, se instrumenta a través de la jerarquía normativa dispuesta por el sistema de fuente del RESE (Art. 9 y Art. 15), de tal manera que, siendo una materia regulada, se aplica en primer lugar lo dispuesto expresamente por el RESE o en las normas de rango comunitario a las que directamente se remita (remisiones a la DITSE del Art. 20.1. i) RESE, el artículo 23.2 RESE, o a la Tercera Directiva de sociedades); en segundo lugar, y dentro de los límites concedidos por el RESE, se acude a las normas nacionales (Ley 19/2005 en España) de desarrollo del RESE, y en tercer lugar, para todos aquellos aspectos no regulados en los que puedan aparecer lagunas, se acude a las disposiciones nacionales aplicables a las sociedades anónimas nacionales para los supuestos de fusión (Arts. 22 a 53 LME) que transponen en todo caso, el contenido de la Tercera Directiva de Sociedades (Art. 18 RESE).

#### IV. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL PROCESO DE CONSTITUCIÓN DE UNA SE-HOLDING: EL SISTEMA DE FUENTES APLICABLE.

La técnica legislativa para determinar el derecho aplicable al proceso de constitución de una SE-holding difiere del empleado por el RESE en el supuesto de la fusión; en el ámbito de la constitución de la SE-holding, para las materias no reguladas expresamente por el RESE (Arts. 32 a 34 RESE), no existe una disposición de remisión especial a una Directiva societaria ni a una norma nacional de referencia de esta figura simplemente porque tal reglamentación es inexistente<sup>605</sup>. En su defecto, el legislador comunitario<sup>606</sup> opta en esta modalidad

---

<sup>605</sup> El procedimiento de constitución de una sociedad holding es inédito a nivel comunitario y en nuestro derecho nacional, Vid. ALONSO LEDESMA, C., "La constitución de ...", ob. cit., págs. 428 y ss., especialmente pág. 457; El mismo tipo de laguna legal se constata por la doctrina alemana: "As has been pointed out in the German legal doctrine, the cited provision only refers to the final phase of the SE formation, ..., and not to the preliminary phase of formation which is taking course in promoting companies, ...", Vid. OPLUSTIL, K.,



por utilizar como referencia el régimen jurídico de la fusión de forma inmediata, por reenvío a las disposiciones sobre fusión del RESE, o mediata a través de la Tercera Directiva de sociedades, en concreto, el Art. 32.2 RESE reenvía al contenido del proyecto de constitución de la fusión del Art.20 RESE, el apartado 3 de ese mismo artículo, en materia de publicidad, a la Primera Directiva y en materia de informes de los peritos independientes, el Art.32.4 nos conduce a la Tercera Directiva 78/855/CEE de Sociedades.

Por otro lado, las disposiciones nacionales de desarrollo de esta modalidad son mínimas<sup>607</sup>, por ejemplo, el Art. 323 LSA relativo a la publicidad del proyecto de constitución de la SE-holding, el Art. 324 LSA referido al nombramiento de experto/s que informan el proyecto de constitución y el Art. 325 LSA sobre protección de los socios de las sociedades participantes en la constitución de la SE-holding. La doctrina mayoritaria<sup>608</sup> entiende que las lagunas del novedoso procedimiento de constitución de la SE-holding no se resuelven con el Art. 15 RESE, aplicable únicamente a la fase de inscripción y publicidad del proceso constituyente de la SE, por el contrario, el procedimiento de SE-fusión es el primer modelo de referencia para colmar las lagunas por remisión expresa del RESE. No

---

"Selected problems ...", ob. cit., pág. 108; EMBID IRUJO, J.M., "La Constitución de la ...", ob. cit., pág. 208.

<sup>606</sup> Tal y como constata EMBID IRUJO, J.M., "La constitución de la ...", ob. cit., pág. 208, critica al legislador comunitario por su falta de minuciosidad y precisión a la "hora de establecer la regulación del procedimiento de constitución de una SE holding, lo que constituye una considerable dificultad para interpretar y aplicar sus normas reguladoras".

<sup>607</sup> La doctrina ha destacado como el legislador nacional ha desaprovechado la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, para pronunciarse sobre ciertas materias "lacunosas" del RESE, y que hubieran contribuido "a hacer más segura la situación jurídica de la SE constituida en nuestro país", aunque ello fuera en detrimento de la posible "competitividad de los ordenamientos nacionales entre sí" como único elemento positivo de un régimen jurídico deficitario de la SE. Vid. EMBID IRUJO, J.M., "La constitución de la Sociedad ...", ob. cit., págs. 195-196 y nota número 10. Esta misma situación de inseguridad e imprecisión de la norma nacional se presenta en el Derecho comparado.

<sup>608</sup> Vid. OPLUSTIL, K., "Selected problems ...", ob. cit., pág. 108; THEICHMAN, CH., "Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft. Grundlagen der Ergänzung des europäischen Status durch den deutschen Gesetzgeber", *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht (ZGR)*, 2002, pág. 434; EMBID IRUJO, J.M. "La constitución de la Sociedad anónima ...", ob. cit., pág. 207; ALONSO LEDESMA, C., "La constitución ...", ob. cit., pág. 415.

obstante, la asimilación sin más del procedimiento de constitución de una SE-holding a los procedimientos de constitución mediante fusión merece algunas consideraciones sobre la caracterización jurídica y funcionalidad de la SE-holdign.

### A. La caracterización jurídica de la SE-Holding.

La SE, en sus aspectos funcionales, es un instrumento jurídico de derecho comunitario al servicio de la reestructuración empresarial intracomunitaria<sup>609</sup> que materializa sus objetivos a través de diferentes modalidades tipificadas de acceso al tipo societario.

La constitución de una SE-holding es una modalidad tipificada de reestructuración empresarial supranacional intracomunitaria que mediante las aportaciones de acciones o participaciones sociales de las sociedades promotoras que supongan como mínimo el 50% de los derechos de voto permantes de cada una de ellas, garantizan la posición de control o dominio de la SE resultante sobre las sociedades promotoras quienes conservan su autonomía jurídica independientemente de que opere o nó un traspaso total del patrimonio<sup>610</sup>; las sociedades promotoras pasan a formar parte de una estructura policorporativa donde la SE-holding es la sociedad de control y accionista mayoritaria de varias sociedades nacionales. La caracterización de la SE holding como instrumento de reestructuración empresarial se materializa a partir del *“cambio experimentado en la*

---

<sup>609</sup> La reestructuración o “modificación estructural” societaria es a partir de la Ley 3/2009 una categoría normativa referida al conjunto de fenómenos de la vida societaria que entrañen algún tipo de cambio o alteración en la estructura de la sociedad sin perjuicio del distinto significado jurídico de las mismas, esto es, se trata vicisitudes jurídico-económicas (fusión total o parcial, escisiones, transformación, cesión global de activo e incluso traslado internacional del domicilio social) que modifican la estructura organizativa de la empresa social, cualquiera que sea la finalidad pretendida desde el punto de vista económico. La delimitación sistemática de las modificaciones estructurales descansa sobre tres pilares fundamentales: 1) la transmisión de bloques patrimoniales 2) y/o de los socios, 3) con la finalidad de atender a la concentración o reestructuración empresarial. Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La Constitución de la ..”, ob. cit., págs. 400 - 411, con citas en la nota 21 de la doctrina alemana; EMBID IRUJO, J.M., “La constitución de la ...”, ob. cit., págs. 200-202.

<sup>610</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución de la ...”, ob. cit., pág. 207.

estructura de control de las sociedades promotoras” que conservan no obstante su personalidad jurídica independiente.

La funcionalidad propia de la SE-holding se relaciona directamente con la sociedad situada a la cabeza de un grupo de empresas (sociedad de control) que desarrollan su actividad en zonas geográficas diversas<sup>611</sup>, planteando así la duda a nivel doctrinal sobre la naturaleza jurídica predominante en la SE-holding, como modificación estructural, fundación particular de un tipo societario o modalidad contractual específica de un grupo de empresas.

La “caracterización jurídica del proceso de constitución de una SE holding”<sup>612</sup> trata de buscar los modelos inspiradores de este procedimiento en las instituciones de los Ordenamientos nacionales, tales como la fusión de sociedades, la fundación sucesiva de una sociedad anónima, el contrato de grupo de sociedades, o incluso en el procedimiento para la realización de una OPA. En cada uno de estos modelos se reconocen tanto elementos comunes como diferenciales con el procedimiento de la SE holding, si bien, en nuestro caso, somos partidarios de los posiciones doctrinales que califican jurídicamente al procedimiento de constitución de una SE-holding como modificación estructural *sui generis*, esto es, “una modalidad singular de modificación estructural de las sociedades mercantiles promotoras, caracterizada por hacer posible un cambio en la estructura de control de las mismas”<sup>613</sup>, ajustándose a un procedimiento legalmente establecido que garantice

---

<sup>611</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.S., *El proceso ...*, ob.cit., pág.43. La creación de una SE-holding puede estar justificada por intereses diversos como receptáculo de los dividendos de las filiales e instrumento para conseguir el efecto de “palanca financiera” (Leverage by out –LBO-), como instrumento de captación o mantenimiento del control de una o más empresas, o bien para optimizar la gestión del patrimonio de las personas físicas.

<sup>612</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución de la ...”, ob. cit., págs. 196 - 208.

<sup>613</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución de ...”, ob.cit., págs. 194-205, quien entiende que no encontrar en las legislaciones de los Estados miembros ningún antecedente sobre esta modalidad de constitución, contribuye a reforzar el objetivo perseguido por el RESE como instrumento que sirve para la realización ágil, segura y cómoda de los procesos de concentración y reestructuración en el ámbito de la Unión Europea. Postura ésta compartida entre muchos otros, por KALSS, S. “Der Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach den Diskussionsentwurf”, AAVV., Vorträge des 15. Bonner Europa Symposium. Europäische AG und der Diskussionsentwurf zum deutschen Begleitgesetz, I, Bonn (Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht), 2003, pág. 59.

los derechos de los posibles grupos de interés afectados (socios, acreedores y trabajadores).

*a) La SE holding como modificación estructural supranacional sui generis.*

La caracterización jurídica de la SE-holding como una modificación estructural *sui generis*, deviene de las particularidades específicas del procedimiento de constitución de la SE-holding que impiden catalogarla entre las operaciones tipificadas de modificaciones estructurales, a pesar de los análogos - incluso idénticos- resultados económicos alcanzados principalmente con la escisión parcial y la segregación<sup>614</sup>.

La segregación como clase o modalidad de escisión se incorpora a nuestro Ordenamiento con la LME al definirla en su Art. 71 como: “...el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias”. Hasta la entrada en vigor de la LME, los supuestos la segregación o filialización<sup>615</sup>, a pesar de la proximidad funcional que tenían con la *escisión parcial impropia* y su aptitud para instrumentar procesos de reestructuración empresarial mediante la transmisión de elementos patrimoniales entre sociedades, la doctrina mayoritaria<sup>616</sup> abogaba por aplicar el régimen de las aportaciones no dinerarias ya sea en fase de constitución o por aumento de capital social, sin que pueda pretenderse, ni por analogía, que la transmisión patrimonial se produzca por sucesión universal (Ress. DGRN de 10 de junio y 4 de octubre de 1994).

La tipificación actual de la operación de la segregación es similar a la de la escisión parcial del Art. 70 LME definida como “el traspaso en bloque por sucesión

---

<sup>614</sup> Vid. RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “Comentario al Proyecto sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: III.Escisión”, RdS, núm. 31, 2008, pág.62

<sup>615</sup> Los procesos de filialización que tienen lugar cuando sociedad operativa se reestructura como sociedad “holding”. La estrategia empleada consiste en segregar los activos industriales o comerciales que constituyen la base de la explotación a favor de una o varias filiales de nueva constitución. La sociedad aporta los activos y a cambio obtiene las participaciones”, Vid. PAZ-ARES, C., “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, AA.VV., URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho ...*, ob.cit., pág.1482.

<sup>616</sup> Vid. URÍA,R./MENÉNDEZ, A./IGLESIAS PRADA, J.L., “Fusión y escisión de sociedades”, AAVV.,URÍA, R./MENÉNDEZ,A., *Curso de Derecho ...*, ob. cit., págs. 1409-1410.

*universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital en la cuantía necesaria”.*

Estos preceptos recogen las notas características de ambas operaciones (segregación y escisión parcial), que siendo equivalentes en la no extinción de la sociedad segregante y la escindida al traspasar en bloque por sucesión universal parte/s de su patrimonio que conformen unidades económicas, se diferencia en el elemento subjetivo de la atribución de la contraprestación. En las operaciones de segregación, es la misma sociedad segregada la destinataria de las acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias como contraprestación del patrimonio recibido por éstas; mientras que en la escisión parcial los destinatarios de las acciones, participaciones, o cuotas de la/s nueva/s sociedad/es o de las ya existentes, son los socios de la sociedad escindida<sup>617</sup>.

A la vista de estas notas características de la segregación y escisión parcial, la SE-holding presenta semejanzas y diferencias con ambas operaciones. Al igual que en la escisión parcial y la segregación, las sociedades promotoras de la SE-holding no se extinguen conservando su personalidad jurídica independiente. En la escisión parcial y en la segregación se produce un traspaso en bloque por sucesión universal de las unidades económicas segregadas (patrimonio), elemento tipificador y común de las modalidades de escisión que no es exigible *strictu sensu* (aunque puede realizarse) en la SE-holding, donde solo se exige el traspaso de las acciones o participaciones de las sociedades promotoras (escisión de cartera o financiera) que supongan como mínimo el 50% de los derechos de voto de cada una de ellas, a una sociedad de nueva creación SE, recibiendo los socios (igual que en la escisión parcial) de las sociedades promotoras un número de acciones de la SE proporcional a su aportación.

La SE-holding se aleja de las modalidades tipificadas de escisión en los aspectos patrimoniales de la operación que exigen el traspaso en bloque por

---

<sup>617</sup> Vid. RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “Comentario...”, ob.cit., pág.62.

sucesión universal de una unidad económica<sup>618</sup>, pero comparte con la escisión parcial las mismas consecuencias jurídicas en su aspecto corporativo o personal. El aspecto corporativo o personal es un elemento consustancial de las modificaciones estructurales y produce consecuencias jurídicas diversas determinantes de la individualización y tipificación diferencial de estas operaciones; así mientras que, en las operaciones de SE-holdig y escisión parcial rige el principio de continuidad de la posición de los socios, en la operación de segregación existe una permuta entre las sociedades. El principio de continuidad de las posiciones de socio<sup>619</sup> (SE-holdign y escisión parcial) garantiza a los socios de las sociedades-promotoras o sociedad escindida las cuotas de capital o partes de socio en la sociedad beneficiaria (SE-holding o sociedad/es beneficiarias de la escisión), aunque los términos de esta continuidad están matizados entre ambas operaciones (SE-holding y escisión parcial): la *equivalencia* es, salvo excepciones, *absoluta* en los supuestos de escisión parcial ya que todos los socios de la sociedad escindida garantizan su posición en la sociedad beneficiaria, mientras que en las operaciones de SE-holding, la excepcionalidad se transforma en *conditio iuris* impuesta por el RESE (Art. 33) al exigir el consentimiento individual de los socios que relativiza los términos de la equivalencia y condiciona incluso la eficacia de la operación, pero no afecta en ningún supuesto a los términos de la *proporcionalidad* como regla tutelar del interés del socio (los socios de la sociedad-promotora, *decididos* a aportar reciben acciones de la SE-holdign proporcional a sus aportaciones). El siguiente elemento diferenciador de la SE-holding respecto

---

<sup>618</sup> Vid. LARGO GIL, R., "Escisión parcial", AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario...*, ob.cit., 574; LÁZARO SÁNCHEZ, E., "Comentario al Art.253", AAVV. Coord. ARROYO, I./EMBED IRUJO, J.M., *Comentarios a la ley ...*, ob.cit., págs. 2419-2440; Unidad económica, concepto jurídico indeterminado, que estrechamente vinculado al concepto tributario de rama de actividad, puede definirse con carácter general, como "*cualquier organización de bienes con autonomía de funcionamiento productivo*". La escisión financiera o de cartera (supuesto de holding) se recocen en la práctica mercantil y fiscal, aunque no se pueda considerar técnicamente "unidad económica" o "rama de actividad", a la "parte del patrimonio social, constituida por participaciones en el capital de otras entidades que confieran la mayoría del capital social de éstas" (Art. 83.2.1ºc) LIS).

<sup>619</sup> Vid. LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., "Comentario al Art. 247", AAVV., Coord. ARROYO, I./EMBED IRUJO, J.M., *Comentarios a la ley ...*, ob.cit., págs. 2367-2369; ALONSO ESPINOSA, F.J./LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., "Fusión y escisión de Sociedades", AAVV., Dir. Alonso Espinosa, F.J., *Curso Fundamental...*, Vol.II, ob.cit., pág.695. La fusión y escisión, antes de la entrada en total y parcial, en la nueva LME, siguen la tradición de la

de la escisión parcial está vinculado al aspecto patrimonial de la operación, pero con transcendencia jurídica en la estructura corporativa de las empresas-promotoras participantes al definir la SE-holdign como una escisión de cartera con cambio de la estructura de control de las empresas promotoras a favor de la nueva SE-holdig. En terminología de grupos societarios, las sociedades-promotoras pasan a ser sociedades dependientes (filiales) de la nueva sociedad de control (SE-holding –matriz-) constituida por las aportaciones patrimoniales de las primeras.

La SE-holding técnicamente es una operación de *modificación estructural (esencialmente corporativa) supranacional sui generis* tipificada por el RESE y sometida a un régimen jurídico mixto comunitario-nacional, que aconseja solventar la lagunas de su procedimiento de constitución, acudiendo al procedimiento previsto por el RESE para la constitución de la SE-fusión por remisión expresa del RESE, y en su defecto a la normativa nacional sobre modificaciones estructurales en la modalidad de escisión parcial (LME), que en última instancia pasa por aplicar el régimen jurídico de la fusión de sociedades mercantiles (Art. 73 LME).

El recurso al régimen jurídico de la SE-fusión para solventar lagunas del procedimiento de constitución de una SE-holding se justifica por dos razones: la primera, porque la fusión se configura como la modificación estructural por antonomasia y su procedimiento es el más elaborado a nivel comunitario y nacional, y la segunda razón, se fundamenta en un criterio de especialidad y proximidad procedimental que aconseja una remisión a la normas específicas de la SE-fusión antes que acudir al régimen general de la fusión<sup>620</sup>, o en nuestro caso, escisión parcial.

*b) La SE holding y el procedimiento de fusión.*

En primer lugar, el procedimiento de constitución de una SE-holding se asimila a la *fusión de sociedades*, porque ambas operaciones reúnen las

---

<sup>620</sup> Posición defendida por la doctrina alemana, de la que se hace eco OPLISTI, K., "Selected problems ...", ob. cit., pág. 109, citando a TEICHMANN, C., "Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft. Grundlagen der Ergänzung des europäischen Status durch den deutschen Gesetzgeber", ZGR, 2002, pág. 383.

características de una modificación estructural de las sociedades participantes, apreciable en unos procedimientos formalmente idénticos con los que se pretende la protección de los derechos de los grupos de interés afectados en cada una de estas operaciones. En ambas operaciones se distinguen tres fases: la *preparatoria* integrada por el proyecto formulado por los órganos de gobierno y acompañados de los informes preceptivos, la fase *decisoria* protagonizada por las juntas generales de las sociedades participantes y la *ejecutiva* que concluye con la inscripción y publicidad de la operación realizada.

El elemento diferencial entre la SE-holding y SE-fusión no descansa en los elementos formales de los procedimientos de constitución (a pesar de añadir un requisito más en los supuestos de SE holding: los socios de las sociedades promotoras deberán manifestar “*su intención de aportar sus acciones o participaciones con vistas a la constitución de la SE*” Art. 33.1 RESE), sino en las consecuencias jurídicas que se derivan para las sociedades participantes según se haya optado por una u otra modificación estructural, de tal suerte, que la fusión lleva consigo el máximo grado de concentración económica y jurídica posible con la extinción sin liquidación de todas (fusión por constitución de una nueva sociedad) o de todas menos una (fusión por absorción) de las sociedades participantes en la fusión, mientras que en la constitución de la SE-holding las sociedades participantes conservan su personalidad jurídica y nacionalidad, operando tan solo una concentración jurídica fruto del intercambio de las acciones o participaciones de las sociedades promotoras por las acciones de la nueva SE. Otra de las características esenciales de la fusión que la diferencia de la sociedad holding, radica en el requisito de transmisión patrimonial universal propia de las operaciones de fusión<sup>621</sup>, mientras que en la constitución de la SE-holding opera

---

<sup>621</sup> Cfr. Artículo 17.2 RESE que remite a la Tercera Directiva de Sociedades incorporada en nuestra legislación, artículos 233 y ss LSA. Vid. sobre el régimen jurídico de la fusión, EMBID IRUJO, J.M., “Fusión. Artículo 233”, AAVV. Coord. ARROYO I./EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. III, Madrid, Tecnos, 2001, págs. 2229- 2394; SEQUEIRA MARTÍN, A., “Fusión artículos 233 a 251” ,AAVV. Dirg. SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Tomo VII, Madrid, Edersa, 1993, págs. 79- 328; SEQUEIRA MARTÍN, A., “La constitución mediante fusión de la Sociedad Anónima Europea (SE)”, AAVV. Dir. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad anónima ....*, ob.cit., págs. 395-384; FAJARDO GARCÍA, I. G., “Constitución por fusión e la Sociedad



únicamente un intercambio de socios por la vía del canje de acciones sin la exigencia formal de un traspaso patrimonial<sup>622</sup>.

c) *La SE holding y la fundación sucesiva de una SA española.*

La doctrina para caracterizar jurídicamente la constitución de la SE-holding, recurre al supuesto de la fundación sucesiva de la SA española (Arts. 19 a 33 LSA). Para una parte de la doctrina<sup>623</sup> se trata de una similitud relativa, más aparente que real, puesto que solo se reconoce un parentesco formal y no sustantivo o de fondo. Ambos procedimientos fundacionales se estructuran en diferentes fases interrelacionadas al término de las cuales se constituye una nueva Sociedad anónima o una Sociedad Anónima Europea, pero difieren en la finalidad perseguida y en la técnica empleada<sup>624</sup> en cada una de ellas por el legislador nacional y el comunitario.

La fase preparatoria de ambos procedimientos se caracteriza por la elaboración de un proyecto de constitución (SE-holding) o programa fundacional

---

Anónima Europea domiciliada en España”, AAVV., Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima ...*, ob.cit., págs. 139- 192.

<sup>622</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La constitución de la ...”, ob.cit., pág. 391; La constitución de una SE Holding no es asimilable al procedimiento de escisión parcial para la constitución de una nueva sociedad, porque aunque la sociedad escindida conserve su personalidad jurídica y sus socios se integren en la sociedad beneficiaria igual que en la SE holding, en los supuestos de escisión se exige el traspaso patrimonial de la sociedad escindida a la sociedad beneficiaria equivalente a la participación de los socios, y en la SE holding solo un intercambio de socios sin traspaso patrimonial.

<sup>623</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La constitución de la ...”, ob. cit., págs. 393- 400; EMBID IRUJO, J.M., “ La constitución ...”, ob.cit., págs. 197-198. En contra, NAVARRO LÉRIDA, S., *El Proceso ...*, ob. cit., págs.109-110, sostiene que la fundación sucesiva es el expediente idóneo para entender la constitución de la SE-holding, al menos en la primera fase, donde el proyecto de constitución contiene todos los elementos necesarios para la perfección de la fase negocial del contrato de SE-holding, sobre los que deberán prestar su consentimiento los accionistas y socios de las sociedades promotoras (intervención necesaria de la Junta general y manifestación expresa de la intención de aportar de los socios). “La elección del esquema de la fundación podría ser así el adecuado, una vez atendidas las especificidades del proceso de constitución (...), admitiendo la formulación de condiciones de suscripción en el programa, ..., de manera que el círculo de posibles suscriptores podría haberse limitado desde el inicio a los socios de las sociedades participantes”.

<sup>624</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La constitución de la ...”, ob. cit., págs. 397 -398.

(fundación sucesiva SA) por parte de los promotores, ajustado a un contenido mínimo similar que incluye la identificación de los promotores, los estatutos sociales, las características de la sociedad que se pretende fundar, régimen de las acciones que se van a emitir y los derechos que se reconocen a los suscriptores (Arts. 20 y 21 LSA *versus* Art. 32 RESE); el proyecto se acompaña con el informe de los promotores para explicar los aspectos jurídicos y económicos de la operación y consecuencias de la adopción de la forma de la SE (Art. 32.2 RESE) y el informe de un experto independiente (Art. 32.4 RESE), documentos equiparables al folleto informativo y al informe técnico que sobre la viabilidad de la sociedad proyectada se requiere en la fundación sucesiva (Art. 20.2 y 21.1 LSA). Esta fase concluye, en ambos procedimientos, con el depósito del proyecto o programa en el Registro mercantil para su publicidad legal (Art. 21 LSA y Art. 32.3 RESE). La fase decisoria es también común en ambos procedimientos, al someter a las Juntas generales de las sociedades promotoras la aprobación del proyecto de constitución de la SE, equivalente a la Junta constituyente de la fundación sucesiva donde se formalizan la suscripción de acciones (Art. 22 LSA) y el canje de acciones o participaciones por las acciones de la nueva SE (Art. 33 RESE), en los plazos legalmente previstos.

Las diferencias entre la fundación sucesiva de una SA y constitución de una SE-holding están vinculadas a la funcionalidad y pretensiones del legislador en cada una de estas operaciones. Mientras en la fundación sucesiva el objetivo es constituir una SA para la se requiere una cierta cantidad de capital social que obliga a los promotores a realizar una promoción pública de suscripción de acciones (Art. 19 LSA) mediante un procedimiento que garantice los intereses de todo potencial inversor interesado; en la fundación de la SE-holding se provoca la modificación estructural de las sociedades promotoras mediante un procedimiento que garantice la posición de dominio de la nueva SE-holding sobre las participantes y la protección debida a los intereses, no de cualquier potencial inversor, sino tan sólo de los grupos de interés afectados (socios, acreedores y trabajadores de las sociedades promotoras), situación que determina las limitaciones subjetivas de acceso a la constitución de una SE holding (SA y SRL únicamente y nunca las personas físicas).

La disparidad funcional de ambos procedimientos desaconsejan una remisión genérica a la figura de la fundación sucesiva para colmar las lagunas del

proceso constituyente de la SE-holding, sin que por ello, se pueda obviar que la fundación sucesiva pueda arrojar luz sobre ciertas cuestiones de tipo práctico, como en los supuestos de sociedades vinculadas al Mercado de valores donde es necesario el depósito del programa fundacional en la CNMV con carácter previo al depósito en el Registro mercantil (Art. 129 RRM), también exigible en los supuestos de constitución de la SE-holding.

*d) La SE holding y el contrato de constitución de grupo.*

La caracterización jurídica del procedimiento de constitución de una SE-holding como contrato de constitución de un grupo de sociedades<sup>625</sup> se presenta, a

---

<sup>625</sup> Vid. GIRÓN TENA, J., *Tendencias actuales y Reforma del Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1986, págs. 202-203, define a los grupos de sociedades como las organizaciones "supraempresariales" de nuestro tiempo, cuya esencia radica en combinar autonomías institucionales y sujeción a una dirección única, que implica una serie importante de valores organizativos de los cuales hoy no se podría prescindir. En los grupos societarios se potencian la especialización y la división del trabajo, el aprovechamiento, a niveles de gestión y no simplemente técnico, de personas particularmente cualificadas que en una organización unitaria y centralizada verían desaprovechar su iniciativa; permiten una capacidad de adaptación organizativa muy flexible que hacen posible conservar una imagen y unos créditos arraigados ya en las unidades societarias componentes; la combinación de actividades por vía de división del trabajo y la complementariedad de las ramas, el aseguramiento y coordinación de suministros, de comercialización y de financiación, a veces al margen del mercado, hacen posible una continuidad de planes y plazos no accesibles para empresas independientes. Vid. también la tesis doctoral de VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho Español*, publicado por Confederación española de Cajas de Ahorro, Madrid, 1971; En nuestra literatura más reciente, entre la amplia bibliografía sobre grupos empresariales, se pueden destacar los trabajos de EMBID IRUJO, J.M., "La regulación de los grupos de sociedades en el derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CEE*, núm. 25, 1987, págs. 103-129; EMBID IRUNO, J.M., "El contrato de constitución del grupo en el Derecho español", AAVV., *Derecho de Sociedades...*, ob.cit., págs. 5323-5355; EMBID IRUNO, J.M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Comares, Granada, 2003; EMBID IRUJO, J. M., "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (El proyecto de Novena Directiva)", *CDC* (junio), 1989, págs. 359-417; EMBID IRUJO, J.M., "El contrato de grupo de sociedad en el derecho español", *RdS*, núm.15, 2000, págs. 57-78; DUQUE DOMÍNGUEZ, J., "El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el Derecho español", AAVV. *Derecho de Sociedades...*, ob. cit., págs. 5303-5322; El trabajo de SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., "Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades", publicado en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5 (2005), págs. 7-60, disponible en <http://www.ucm.es/info/mercantil>;

*priori*, como su sede natural más inmediata. Este análisis exige definir el concepto genérico de sociedad holding y determinar sus vínculos con el fenómeno de los grupos de sociedades o grupos de empresa.

A pesar de la dificultades que entraña el concepto jurídico de sociedad holding<sup>626</sup>, se considera como tal, aquella sociedad que tiene “una participación mayoritaria en el capital de otras sociedades o entidades, se trata de una sociedad de control, constituida exclusivamente para controlar a una o más sociedades, mediante la posesión de una cuota de capital y en particular de paquetes accionariales aportados a ella o adquiridos por la misma sociedad holding”. A este mismo presupuesto, responde la exigencia del Art. 32.2 RESE para la constitución de una SE-holding al establecer que “... se fijará el porcentaje mínimo de acciones o participaciones de cada una de las sociedades que promuevan la operación que deberán aportar los accionistas para constituir la SE. Dicho porcentaje de acciones deberá ser superior al 50% de los derechos de voto permanentes”. La SE-holding adquiere una situación de dominio o control respecto de sus sociedades promotoras que pasan a ser sociedades dominadas o dependientes como consecuencia de la *participación mayoritaria en el capital* de éstas manifiestada a través de la posesión de la mayoría de los derechos de voto.

---

FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de Sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007; FUERTES, M., *Grupos públicos de Sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2007; PAZ-ARES, C., “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, AAVV, Dirg. URÍA, R./ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho ...*, ob.cit., págs.1469-1495; ALFONSO SÁNCHEZ, R., “Grupos de Sociedades”, AAVV., Dir.ALONSO ESPINOSA, F.J., *Curso fundamental ...*, Vol.II, ob. cit., págs. 689-704.

<sup>626</sup> Las dificultades para dar una definición de sociedad “holding” (del inglés “to hold”: tener u ostentar) se deben en parte, porque nos encontramos ante una estructura organizativa empresarial diversa que trata de dar respuesta a múltiples funciones económicas de la práctica empresarial (holding patrimonial o financiera, la holding de dirección, holding como sociedad matriz, la holding como ETVE -esto es, entidades de tenencia de valores en el extranjero que a efectos fiscales, tienen por objeto social la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en el territorio español, mediante la correspondiente organización de medios personales y materiales-, etc.) que dificultan una regulación jurídica unitaria de la misma, sobre todo desde la perspectiva societaria, sin perjuicio de la reglamentación sectorial como la fiscal. Vid. NAVARRO LÉRIDA, S., “Sociedad Holding”, AAVV, Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario ...*, ob. cit., págs. 1160-1171; NAVARRO LÉRIDA, S., *Proceso de ...*, ob. cit., págs.165-170.

La posición de dominio o control ha sido siempre uno de los presupuestos conceptual y normativamente relacionado con el fenómeno de los grupos de sociedades. En nuestro Ordenamiento, el Art. 42 CCom<sup>627</sup> es el punto neurálgico de esta materia en el ámbito del Derecho de sociedades (Art.87 LSA, Art. 10.2 LSRL, Art. 4 LMV<sup>628</sup>) y es precisamente en la nueva redacción dada al referido artículo, en vigor desde el 1 de enero de 2008, cuando aparece el término “grupo” vinculado a la noción de control y a la situación de dominio<sup>629</sup> exclusivamente, y se elimina “la unidad de decisión”<sup>630</sup> exigida en las redacciones anteriores del Art. 42 CCom y Art. 4 LMV como elemento decisivo para la existencia del grupo de

---

<sup>627</sup> El Art. 42.1 CCom (nueva redacción del Art.1.2 Ley 16/2007, de 4 de julio, en vigor desde el 1 de enero de 2008) establece que: “Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) posea la mayoría de los derechos de voto; b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto; d) Haya designado con sus votos a la mayoría a de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”.

<sup>628</sup> Art. 4 LMV, nueva redacción por Ley 47/2007, de 19 de diciembre: “A los efectos de esta Ley, se estará a definición de grupo de sociedades establecida en el artículos 42 del Código de Comercio”.

<sup>629</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “Artículo 87 LSA”, AA.VV., Coord. ARROYO, I. / EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Vol. I*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 847 - 858; FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de sociedades ...*, ob. cit., pág. 101, cita núm. 138, aludiendo al trabajo de DE ARRIBA FERNÁNDEZ, sobre *Derecho de grupos...*, en el que se distingue entre “dependencia” vinculando este concepto a la situación de dominio orgánico-societario, y “control” vinculado con la situación de dominio económico.

<sup>630</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “El contrato de constitución del grupo en el derecho español”, AAVV. *Derecho de Sociedades, Libro homenaje...*, ob. cit., pág. 5328, “..el grupo existe,.. desde que con control o sin él, ya sea grupo jerárquico o paritario, se ejerce una dirección unitaria sobre un conjunto de sociedades”

sociedades, con las dificultades técnicas y jurídicas que su interpretación planteaba entre la doctrina<sup>631</sup>.

A los efectos que nos ocupan, esto es, si la SE-holding como poseedora de una *participación mayoritaria en el capital* de sus sociedades promotoras está vinculada con los grupos de sociedades, a la vista de la nueva redacción del Art. 42.1 a) CCom, no cabe duda, que no es la posesión de la mayoría del capital uno de los cauces generador del control de una sociedad-dominante sobre la/s sociedades-dependientes (en la práctica, una participación mayoritaria en el capital no asegura una posición de control- Art. 90 LSA –acciones sin voto-), sino que tal posición se adquiere a partir de la “*posesión de la mayoría de los derechos de voto*”. La *ostentación de la mayoría de los derechos de voto* es determinante para la existencia de una situación de dominio-dependencia manifestada porque esta mayoría de votos permite determinar la composición mayoritaria del órgano de gobierno de la sociedad, o el contenido de los acuerdos adoptados en Junta general que en cualquier caso influirán en las instrucciones dadas a los administradores de la sociedad (cfr. Art. 42.1 apartado a), b), c) y d) CCom). Esta misma salvedad de participación mayoritaria vinculada a la mayoría de los derechos de voto de nuestro legislador nacional es la que se ha tenido en cuenta por el legislador comunitario en la redacción del Art. 32.2 RESE “... *Dicho porcentaje de acciones deberá ser superior al 50% de los derechos de voto permanentes*”, por lo que la situación de dominio de una SE-holding respecto de sus sociedades promotoras queda justificada a partir de la posesión de la mayoría de los derechos de voto permanentes en el seno de cada una de las sociedades promotoras. El Reglamento

---

<sup>631</sup> La *dirección unitaria* es una realidad esencialmente empresarial difícil de encuadrar jurídicamente y afecta a diferentes esferas del gobierno de una realidad policorporativa como es el grupo. Las manifestaciones de la dirección unitaria como el derecho a impartir instrucciones que ostenta normalmente la sociedad cabecera de grupo o sociedad matriz en los grupos jerárquicos, o con las particularidades propias de dirección conjunta de los grupos paritarios, se extiende principalmente sobre los órganos de dirección (Administradores) de las sociedades integrantes del grupo (sociedades filiales), que quedan supeditados de hecho a la dirección de la sociedad matriz-dominante mediante una dirección unitaria interna a nivel de grupo, con transcendencia externa en la esfera económica pero no jurídica, a excepción de los Ordenamientos con régimen jurídico sistematizado para los grupos (alemán, portugués, brasileño e italiano). Vid. EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al Derecho de grupos ...*, ob. cit., pág. 8 y ss.; FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de Sociedades y protección ...*, ob. cit., págs. 61-68 y 113 y 120.

comunitario garantiza el cumplimiento de este requisito del porcentaje mínimo a partir de ciertos mecanismos instaurados en la fase decisoria del procedimiento de constitución, de tal manera que, no basta con la aprobación de las Juntas generales de las sociedades promotoras, sino que se refuerza con el consentimiento individualizado prestado por los socios respecto de la operación de canje de sus acciones y/o participaciones (cfr. Arts. 32.6 y 33. 1, 2 y 3 RESE).

Por otro lado, el grupo de sociedades como técnica de organización empresarial articulada a través de una multiplicidad de sociedades que conservando su independencia jurídica, se subordinan a una dirección económica unitaria ejercida por un sujeto de acuerdo con el interés común o la estrategia del conjunto de los miembros<sup>632</sup>, se vincula con dos sistemas o modelos de regulación. El modelo contractual (principalmente Alemania), donde la existencia del grupo se vincula a un particular negocio jurídico de naturaleza organizativa entre sociedades denominado “contrato de dominación”<sup>633</sup>; y el modelo orgánico, donde la existencia del grupo se vincula exclusivamente con la concurrencia del control societario y la dirección económica unitaria, donde la participación en el capital es el instrumento de control que posibilita la dirección unitaria y establece vínculos entre la sociedad dominante y la dependiente –participada<sup>634</sup>. Si bien, nuestro Derecho positivo societario delimita la existencia del grupo sobre la base exclusiva del mero control (modelo orgánico), son importantes las aportaciones doctrinales sobre la licitud de un contrato de grupo.

---

<sup>632</sup> Vid. FUENTES NAHARRO, M., “Grupos de sociedades”, AAVV., Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho ...*, ob. cit., pág. 675. Para la doctrina especialista en grupos, la dirección unitaria consiste en: a) planificar la actividad empresarial de las sociedades integrantes del grupo, b) mandar ejecutar lo planificado o impartir instrucciones y, c) controlar que lo ejecutado se ajuste a lo planificado.

En el PCSM “Título I de los Grupos de Sociedades (Arts. 590 a 622) del Libro VII de las Uniones de Sociedades” en la noción de grupo del Art. 590 se conserva “poder de dirección” o “poder de decisión” como elemento determinante para su existencia; FUERTES, M., “Grupos públicos ...”, ob. cit., pág. 20

<sup>633</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “El contrato de constitución de grupo en el Derecho español”, *RdS*, núm.15, 2000, pág. 57 y ss.

<sup>634</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.S., *El Proceso de ...*, ob.cit., pág. 50.

La construcción doctrinal del contrato de constitución de grupo<sup>635</sup> proporciona a nuestra legislación sectorial la fórmula instrumental que da forma, contenido e integra la situación de dominio o control de facto de una sociedad sobre el resto de sociedades del grupo de empresas. El contrato de constitución de un grupo de sociedades es una realidad jurídica formalmente cercana a los procedimientos de reestructuración empresarial en los que se inspira (esencialmente en el procedimiento de fusión de las sociedades de capital). El contenido del contrato de grupo esboza el poder de dirección unitario y sus límites, las medidas que garanticen la tutela de los intereses de los particulares frente al predominio del interés del grupo e incluso la duración de la situación grupal, entre otras cláusulas, con el objetivo primordial de articular la organización y el funcionamiento de una “*superempresa*” policorporativa. La naturaleza jurídica del contrato de constitución de grupo de sociedades no se corresponde con los contratos sinalagmáticos de gestión ordinaria (competencia exclusiva de los órganos de administración de las sociedades participantes) sino que, por su propia naturaleza similar a la modificación estructural, se requiere la intervención necesaria del órgano de representación de la propiedad de la empresa (Junta general) para decidir sobre cuestiones que directa o indirectamente puedan afectar a la estructura o intereses patrimoniales societarios.

A partir de estas premisas, establecer el paralelismo entre el proceso de constitución de una SE-holding y el contrato de organización de un grupo de sociedades, no plantearía problema alguno en los países como Alemania o Portugal, que disponen precisamente de este instrumento como ordenador de esta disciplina, pero en otros países como en España, que a pesar de la legitimidad de la figura y del reconocimiento implícito de un posible contrato de constitución de

---

<sup>635</sup> El Ordenamiento jurídico alemán, pionero en la positivización del Derecho de grupos (AktG de 1965), junto con el portugués y brasileño, son el referente para Ordenamientos nacionales (Francia y Estados Unidos) que como el nuestro, han optado por un tratamiento legislativo y jurisprudencial puntual y no sistematizado de esta materia. La doctrina española, desde la perspectiva jurídico-societaria, proporciona coherencia a esta materia de regulación sectorial en nuestro Ordenamiento (fiscal, laboral, competencia, etc.) a partir del contrato de grupo de sociedades. Vid. EMBID IRUJO, J.M., “El contrato de constitución ...”, ob. cit., págs. 5332 y ss.; *Introducción al ...*, ob. cit., págs. 52-100.



grupo societario, lo cierto es que su realidad queda reservada únicamente a la autonomía de la voluntad de los promotores de la operación (autorregulación del grupo que permita hacer más transparente su estructura y funcionamiento), sin que nuestro Derecho positivo pueda garantizar la existencia del mismo.

En todo caso, nuestra doctrina<sup>636</sup> reconoce que *“con el procedimiento de constitución de una SE-holding se hace posible el establecimiento de una relación de control en la que aquélla pasa a ser sociedad dominante o controlante de las sociedades promotoras, sin que tal supuesto implique de manera necesaria el ejercicio de una dirección unitaria, y por tanto, la constitución de un grupo”*<sup>637</sup>, pero además, atendiendo exclusivamente al *iter* del proceso constitutivo de la SE holding en el RESE, el requisito de la manifestación del consentimiento individual de los socios (Art. 33.1, 2 y 3 RESE) de las sociedades promotoras, *“priva de eficacia directa al hipotético negocio de organización de grupo concluido por las sociedades”*, convirtiéndose el consentimiento individual de los socios en una *“conditio iuris”* impuesta por el RESE, lo que lo aleja sustancialmente del procedimiento del contrato de constitución de un grupo de sociedades.

---

<sup>636</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., *“La constitución de la Sociedad ...”*, ob.cit., págs. 199-220.

<sup>637</sup> Esta afirmación merecería ser revisada después de las últimas reformas legislativas del artículo 42 del Código de Comercio por la Ley 16/2007, y la nueva interpretación y aplicación propuesta por EMBID IRUJO, J.M., *“Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español”*, *RdS*, núm. 30, pág. 26. En este sentido, la nueva redacción del artículo 42 de CdC se limita a *“una mera sustitución del elemento determinante de la existencia de grupo, sin alterar el contenido restante del precepto. Con la nueva redacción ya no es la unidad de decisión el factor que singulariza el grupo dentro del régimen de consolidación contable, en su lugar aparece el control que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, sobre una u otras. Del mismo ha desaparecido las dos presunciones de unidad de decisión del artículo 42 Ccom,.... En su lugar, solo aparece una presunción, en este caso, lógicamente, de control, formulada en los mismos términos que, en la situación anterior, sucedía respecto de la unidad de decisión. Ahora, la concurrencia de cualquiera de los cuatro supuestos, que, de manera inalterable, se contienen en el precepto en estudio, permite fundar la mencionada presunción de control.( ...).La Ley 16/2007 ha traído consigo, por su propio planteamiento, una consecuencia significativa: los grupos paritarios, se piense lo que se quiera de ellos, quedan por completo al margen de la norma y, lógicamente también, de la obligación de consolidar sus cuentas. No cabe pensar otra cosa al haberse sustituido la unidad de decisión por el control como elemento determinante de la existencia del grupo. De este modo, se vuelve, en apariencia, al sistema originario, cancelándose el breve paréntesis derivado de la Ley 62/2003, por lo que, en tal sentido, la consolidación de cuentas se concibe única y exclusivamente como una obligación para la sociedad dominante en el marco de los grupos verticales o jerárquicos.”*

El procedimiento de constitución de una SE-holding no es *strictu sensu* un contrato de constitución de un grupo de sociedades por la *conditio iuris* impuesta por el RESE al primero, sin que por ello se pueda soslayar la vinculación directa de la SE-holding con los grupos de sociedades verticales jerarquizados que pueden servir, en todo caso, de inspiración para establecer pactos específicos en la SE-holding en el ámbito de su autorregulación y la autonomía de la voluntad utilizando la vía estatutaria o los pactos parasocietarios.

#### V. NORMAS APLICABLES A LA CONSTITUCIÓN DE UNA SE-FILIAL DOMICILIADA EN ESPAÑA: CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DEL PROCESO DE CONSTITUCIÓN DE LA SE-FILIAL.

##### A. Reenvío general del RESE a los Ordenamientos nacionales.

El RESE utiliza la técnica legislativa del reenvío al Derecho nacional contenida en el Art.36 RESE<sup>638</sup> para regular la constitución de una SE filial; esta fórmula aparentemente la más simple, plantea interrogantes desde la interpretación sistemática y funcional del RESE que nos hemos propuesto.

La constitución de la SE filial es la vía de acceso a la que la doctrina ha dedicado menor atención<sup>639</sup>, en parte debido a su exigua regulación en el RESE (sólo tres disposiciones, Arts. 2.3, 35 y 36 RESE) y en parte, porque la responsabilidad de su regulación recae enteramente en los Ordenamientos nacionales<sup>640</sup> y salvo que éstos establezcan disposiciones especiales, “no existen

---

<sup>638</sup> Art.36 RESE: “Serán aplicables a las sociedades, empresas u otras entidades jurídicas que participen en la operación las disposiciones de Derecho nacional que regulen su participación en la constitución de una filial en forma de sociedad anónima”.

<sup>639</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La constitución de ...”, ob. cit. págs. 462-463; EMBID IRUJO, J. M., “La constitución de ...”, ob.cit., págs. 223-225; LARGO GIL, R., “La constitución ...”, ob. cit., págs. 99-155; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento ...”, ob. cit., pág. 28; AGUILÓ PIÑA, J.F., “La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos”, RDM, núm. 246, 2002, págs. 1845 -1846;

<sup>640</sup> El Código de Comercio Francés en el capítulo IX dedicado a la Sociedad Europea (Arts. L 229-1 a L 229-15) no establece disposiciones específicas para la constitución de una SE filial común; y tampoco el Código de Sociedades Belga en el Libro XV sobre la Sociedad europea (Arts. 874 a 948) dedica artículo alguno a esta modalidad de constitución.

*particularidades dignas de mención*"<sup>641</sup> al régimen general aplicable de la constitución de SA. Esta circunstancia puede povocar consecuencias jurídicas de diferente calado como:

- La "*competencia entre los ordenamientos nacionales*" a través de la eliminación en sus Ordenamientos de los mecanismos de control y cautelas en la fundación de esta modalidad de constitución que permita hacerla más atractiva respecto de otros régimenes jurídicos nacionales, y

- La ausencia de un procedimiento comunitario y/o nacional<sup>642</sup> reglado en la fundación de una SE filial podría dar pie a la "huída"<sup>643</sup> de los otros procedimientos de constitución (fusión, holding y transformación) más complejos y regulados, hacia el más atractivo de la fundación por filial.

Al margen de las oportunas advertencias doctrinales, en la remisión general del Art. 36 RESE a las normas nacionales, se pueden diferenciar dos aspectos: (i)

---

<sup>641</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., "La constitución ...", ob. cit., pág. 462; EMBID IRUJO, J.M., "La constitución ...", ob. cit., pág. 223.

<sup>642</sup> La doctrina propone que sean los Ordenamientos nacionales, en virtud de la habilitación que les corresponde para la aplicación del RESE, los que establezcan los mecanismos de control y cautelas necesarias para equiparar esta modalidad de constitución de SE al resto de modalidades, y entre ellas aluden, como mínimo, a la necesaria intervención de la Junta (simple consulta o decisión) en el proceso fundacional de una SE filial común, tomando como referencia la práctica alemana sobre las "competencias no escritas" de la junta general, a partir de la Sentencia Holz Müller. Vid. EMBID IRUJO, J.M., "La constitución de la Sociedad ...", ob. cit., pág. 225; ALONSO LEDESMA, C., "La constitución ...", ob. cit., pág. 463, con referencias a la doctrina alemana.

<sup>643</sup> Según los datos oporcionados por ETUI-REHS (*The European Trade Union Institute for Research, Education, and Health and Safety*) en Julio de 2008, existían cerca de 200 SE en un total de 18 Estados miembros (ninguna en España, la concentración mayor de SE activas se encuentra en Alemania), de las cuales solamente tienen la consideración de "SE normales" 45 de ellas, frente a las llamadas "Shelf SEs" ("SE plataforma", traducción libre, que bien pudieran equipararse al fenómeno de las "sociedades durmientes" en nuestro derecho nacional), creadas sin actividad económica inicial y con la finalidad de ser "vendidas" a los interesados en la puesta en marcha de un negocio en poco tiempo. Por modalidades de constitución, la constitución de SE- fusión y sobre todo la transformación de una Sociedad anónima en SE, son las modalidades más utilizadas, frente a un recurso escaso a la modalidad de SE-filial. Como ejemplo de esta última modalidad merece destacar la constitución de la sociedad europea Eurotunnel SE inscrita en Bélgica en abril de 2004.

el cualitativo: normas aplicables a la constitución de filiales y; (ii) el formal: normas aplicables a la constitución de una sociedad en forma de SA.

A partir de esta distinción, determinar el derecho aplicable en el supuesto de constitución de una SE-filial española, (modalidad no regulada en la Ley 19/2005<sup>644</sup>), pasa por la lógica e inmediata solución de aplicar el régimen jurídico de la fundación de SA (aspecto formal) y en esta sede, decidir qué modalidad de las propuestas por la LSA – fundación simultánea o sucesiva- se ajusta más a los intereses y circunstancias de las entidades promotoras y futuras socias de la SE. En este planteamiento, el aspecto cualitativo de “sociedad filial” se cumple en el momento de la suscripción de las acciones de la nueva SE-filial en número suficiente por parte de cada una de las entidades–promotoras-socias para adquirir la condición de matriz respecto de su filial-SE.

En esta sede, surgen ciertos interrogantes: ¿si nuestro Ordenamiento nacional regula la participación en la constitución de filiales?; ¿si la LSA regula la “constitución de sociedades filiales”?, o para ser más precisos, ¿deberíamos hablar de las “modalidades de nacimiento de una sociedad filial<sup>645</sup>”? Desde la perspectiva del Derecho de sociedades nacional, la sociedad filial no puede ser considerada como una forma o tipo societario con características morfológicas y funcionales específicas que se verifiquen a nivel legislativo en el contexto de un régimen jurídico propio<sup>646</sup> como pueda ser una Sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad cooperativa, etc., por el contrario, el

---

<sup>644</sup> Vid. HERNANDO CEBRIÁ, L., “Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España”, *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, núm. 692, Nov.-Dic. 2005, pág. 1836. Aunque la norma comunitaria no establezca un criterio de prelación entre las normas nacionales aplicables, a diferencia de lo que ocurre con las normas de origen comunitario frente a las nacionales, una interpretación lógica así lo exige. El criterio de especialidad atribuye a las normas nacionales de desarrollo de la regulación de la SE, preferencia sobre la ley nacional aplicable con carácter general a toda sociedad anónima.

<sup>645</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, S., “Sociedad filial”, AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario ...*, ob. cit., págs.1154-1159;.

<sup>646</sup> Vid. En relación a las formas y/o tipos sociales, ALONSO ESPINOSA, F.J., *Curso Fundamental ...*, Tomo II, ob. cit., pág. 42; SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones ...*, ob. cit., pág. 292; PAZ ARES, C., “La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad”, en AAVV. Dir. URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho ...*, ob. cit., pág. 522-523;

término “filial<sup>647</sup>” referido a las sociedades, hace mención a una “cualidad” específica atribuible a cualquier tipo societario que se encuentre en una situación de dependencia o subordinación respecto de otra sociedad controlante y calificada por la Ley como tal, cuya sede natural es la formación de un grupo de sociedades jerarquizado (Art.42.1 CCom).

### **B. Caracterización jurídica del procedimiento de constitución de una SE filial domiciliada en España.**

*a) La SE filial española y las modalidades de “filialización” societaria. Posicionamiento en la relación de dependencia de una SE holding y de una SE filial.*

El análisis lo iniciamos a partir de uno de los interrogantes propuestos sobre el régimen general de las filiales en la LSA<sup>648</sup> contenido en el Art.87 LSA<sup>649</sup> y Art.

---

<sup>647</sup> El término de “filial” y “matriz” es el utilizado preferiblemente en Derecho Tributario (cfr. Directiva 2003/123/CE, de 22 de diciembre de 2003 por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de los Estados miembros), mientras que nuestra legislación mercantil utiliza la terminología de sociedad “dominada” o “dependiente” referida a las filiales y sociedad “dominante” para la matriz (cfr. Art. 42 CCom, Art. 87 LSA). La doctrina diferencia entre la acepción amplia de sociedad filial, que trae su causa en la realidad económica de la situación de dependencia, por la que la sociedad filial es aquella que de una u otra forma se encuentra subordinada a otra, que a estos efectos se denomina sociedad matriz. En la acepción restringida tipificada por el Derecho Tributario, la sociedad filial es aquella cuyo capital está participado, en un determinado porcentaje por otra sociedad. Vid. NAVARRO LÉRIDA, S., “Sociedad filial”, AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., “Diccionario ...”, ob. cit., págs. 1154 -1155.

<sup>648</sup> Vid. SAGASTI AURROKOETXEA, J.J., “La constitución de la ...”, ob. cit., pág. 147.

<sup>649</sup> El apartado 1 de este Art. 87 LSA, dispone que “A los efectos de esta sección se considerará sociedad dominante a la sociedad que, directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad (dominada) o que, por cualesquiera otros medios, pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación”, para concretar en el apartado 2 que: “En particular, se presumirá que una sociedad pueda ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre con relación a ésta en alguno de los supuestos previstos en el Art. 42 CCom o, cuando menos, la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta”. Vid. EMBID IRUJO, J.M., “Comentario al Art. 87 LSA”, AAVV., Coord. ARROYO, I./EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades...*, Vol.I., ob.cit., págs. 848-858. Critica la ubicación de este Artículo en la sección “De los negocios sobre las acciones propias”, régimen de la autocartera, que si bien al tratar de los

42 CCom por reenvío del anterior. Ambos artículos describen “los supuestos que dan lugar al control societario<sup>650</sup>” o dependencia societaria, determinante para la existencia de un grupo de sociedades. “El grupo de sociedades existe cuando una sociedad ostenta o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras” (Art.42.1 CCom), concepto de grupo de sociedades de la legislación societaria, y aunque limitado en principio al “perímetro de consolidación”, tras las reformas del 2007<sup>651</sup>, se considera el concepto de referencia en materia societaria. La relación de dominio/dependencia entre la sociedad dominante-matriz y sus sociedades dependientes-filiales se presume cuando: la primera posea la mayoría de los derechos de voto (participaciones en el capital) o pueda disponer de ellos mediante acuerdos con terceros de la/s sociedad/es dominada/s, dependiente/s o filial/es; o cuando la sociedad dominante-matriz tenga la facultad para nombrar o destituir directa o indirecta a los miembros del órgano de administración de la/s sociedad/es dominada/s o filial/es. Desde la perspectiva jurídico-societaria actual el grupo de sociedades está integrado por una sociedad de control y sus filiales dependientes, vinculadas por una situación de dependencia o control económico u orgánico exclusivamente, sin la exigencia legal del elemento de la “unidad de decisión” o “dirección unitaria” que establecía la anterior redacción del Art. 42 CCom (introducida por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) y el anterior Art. 4 LMV; la práctica empresarial y la doctrina con la anterior redacción diferenciaban precisamente a los grupos de sociedades de otros fenómenos de vinculación empresarial (uniones consorciales, sindicatos, cárteles, alianzas estratégicas, joint venture, etc.) por la existencia de la *efectiva dirección económica unitaria*<sup>652</sup> que determina la sujeción de las empresas agrupadas a una política empresarial común que puede afectar a uno o más aspectos de la actividad empresarial en función de la tipología del grupo (grupos de derecho y de hecho, grupos dominicales, contractuales o

---

aspectos relativos al control societario de manera oblicua afecta a los grupos de sociedades y ésta recae, de un modo u otro finalmente, en el contenido del Art.42 CCom.

<sup>650</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al derecho ...*, ob.cit., pág. 24.

<sup>651</sup> Art. 4 LMV “A los efectos de esta Ley se estará a la definición de grupo de sociedades establecida en el artículo 42 del Código de Comercio”. Redactado conforme a la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la LMV (BOE núm. 304, de 20 de diciembre).

<sup>652</sup> Vid. PAZ ARES, C., “Uniones de empresas ...”, ob.cit., págs. 1474-1475; EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al derecho ...*, ob.cit., pág. 8 y ss

personales, los grupos de subordinación-jerarquizados o de coordinación-paritarios). El criterio de dependencia o vínculo de control se presume (Art. 42 CCom) con la posesión de “la mayoría de los derechos de voto”, pero no con una mera “participación en el capital social de la sociedad dependiente”, elemento estructural que diferencia la noción de *sociedad filial a efectos comunitarios* (sociedad con capital social participado por otras sociedades) del concepto nacional societario de *sociedad dependiente –filial* vinculado al control orgánico que ejerce otra sociedad dominante al nombrar a los miembros de su órgano de administración o con el control económico o dependencia económica ejercido por la sociedad dominante con mayoría de los derechos de voto.

La formación de los grupos de sociedades responde a realidades económicas diversas vinculadas tanto, a procesos de *concentración-integración* empresarial –catalogación genérica relacionada con la integración lateral, vertical u horizontal–, como a procesos de *reestructuración empresarial* o *racionalización de la estructura corporativa* mediante la división de la empresa en unidades jurídicas independientes (filialización) que permitan la diversificación de los riesgos, la especialización de actividades o la mera flexibilización de la organización. Por otro lado, los cauces legales de *constitución* de un grupo de sociedades son también diversos, fruto de negocios jurídicos tipificados o nó, directamente relacionados con<sup>653</sup>: i) la fundación de nuevas sociedades; ii) la adquisición de otras sociedades existentes mediante la adquisición de activos, adquisición de acciones o participaciones, mediante una OPA; iii) operaciones de escisión o cesión global de activo y pasivo; iv) incluso mediante un contrato de constitución de grupo de sociedades<sup>654</sup>. En todo caso, el resultado final alcanzado por

---

<sup>653</sup> Vid. PAZ ARES, C., “Uniones de empresas...”, ob.cit., pág. 1482; ÁLVAREZ ARJONA, J.M., “La adquisición de empresa como objeto de negociación”, AAVV. Dir. ÁLVAREZ ARJONA, J.M./CARRASCO PEREA, A., *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Cizur Menor, Aranzadi-Gómez Acebo & Pombo, 2004, pág. 51 y ss.

<sup>654</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al ...*, ob. cit., págs. 44-47. En nuestro Derecho el contrato de constitución de grupo de sociedades, responde a una construcción doctrinal, definido como un “*contrato de organización, abierto a una pluralidad de participantes, similar al que sirve de base a la fundación de sociedades mercantiles, (...), que vendrá a ser en la mayoría de los casos, una vestidura formal de la voluntad (...), de la sociedad dominante. ...La constitución jurídica del grupo, debidamente documentada en escritura pública, viene a representar el fin de un proceso económico iniciado con la obtención del control de una o varias sociedades, mediante la*

cualquiera de los cauces legales posibles de formación del grupo de sociedades es, una estructura empresarial policorporativa caracterizada por la relación de control que ejerce una sociedad dominante-matriz sobre el resto de sus sociedades filiales dependientes.

En sentido inverso, las operaciones de “filialización” se definen como los concretos negocios jurídicos que afectan a la composición de la estructura patrimonial de una sociedad existente de tal forma, que conservando su autonomía jurídica pasan a ser filial o sociedad dependiente de otra dominante o matriz; o puede ser una “filialización originaria” cuando la cualidad de sociedad filial se adquiere desde el momento fundacional de la misma mediante la suscripción de su capital social por dos o más sociedades matrices o dominantes.

Las modalidades de filialización o procesos de filialización de una sociedad son el resultado de: i) la adquisición de sus participaciones por otra sociedad matriz; ii) “filialización” de las actividades o del capital llevado a cabo por una sociedad (dominante o matriz) que aporta a una o más sociedades (filiales) ya existentes o constituidas *ad hoc*, el conjunto de sus actividades comerciales o industriales a cambio de participaciones o acciones emitidas por las sociedades filiales beneficiarias de la aportación; iii) un contrato de dominación.

La SE-filial de conformidad con los Art. 2.3 RESE “ ... *podrán constituir una SE filial suscribiendo sus acciones ...*” y 36 RESE “ ... *la constitución de una filial en forma de sociedad anónima*”, se corresponde a la modalidad originaria de filialización, referida a la creación *ex novo* de una *sociedad anónima –europea-* que tiene la *cualidad de filial o sociedad dependiente/dominada* respecto de las entidades jurídicas promotoras de su constitución (concepto comunitario de sociedad del Art. 48.2 TCE) que se convierten en sociedades dominantes o matrices mediante la suscripción íntegra del capital social de la SE. El proceso de filialización de la SE-filial española se singulariza respecto del contenido del Art.87 LSA en *los elementos subjetivos de la relación de dominio*. En ambos supuestos la sociedad dominada-filial tiene forma de sociedad anónima, ya sea *ex lege* (Art. 36 RESE), o como consecuencia de la naturaleza de la Ley en la que se contiene la norma (Art. 87 LSA); otra cosa distinta es el sujeto dominante, que en el ámbito del Art.87 LSA

---

*oportuna participación en su capital, y desarrollado merced al ejercicio de una dirección unitaria sobre las sociedades dominadas”.*



es una *sociedad*, excluyendo a la persona física u otras personas jurídicas, como las fundaciones, que carecen del sustrato societario requerido<sup>655</sup>, y en el ámbito de la SE-filial es una *sociedad comunitaria*, acepción más amplia que la nacional, excluye solo a la persona física y a las entidades sin ánimo de lucro, empresarios o no, que cumplen además con otros rasgos tipificadores del tipo societario SE sobre la transnacionalidad o elemento extranjero y pluralidad de sujetos, al menos dos entidades promotoras, que vincula la figura con los supuestos de “*filial común*” o “*sociedad conjunta*” estructuralmente análogos a los supuestos de grupos horizontales o paritarios que no son posibles conforme a la redacción actual de nuestro Art. 42 CCom. Así, la SE-filial española por creación de una sociedad nueva mediante la suscripción de sus acciones por dos o más entidades dominantes, se puede definir como *filialización sui generis de carácter subjetivo* en relación a los supuestos contemplados en el Art. 87 LSA y Art. 42 CCom.

La “*filialización*” societaria, técnica jurídica vinculada a la concentración o reestructuración empresarial de los grupos societarios, es esencial en el RESE al estar involucrada en tres del total de cinco de sus modalidades de constitución, dos originarias –SE-holding y SE-filial- y en la modalidad derivativa de constitución de una SE filial de una SE (Art.3.2 RESE “*Una SE podrá constituir una o más filiales en forma de SE*”). El RESE utiliza la filialización en un sentido bidireccional afectando a dos de sus modalidades originarias: la constitución de una SE-holding y la SE-filial. La existencia de una sociedad holding (matriz o sociedad dominante) y la sociedad filial (sociedad dependiente) son las dos caras de una misma realidad, una situación de dependencia societaria originada por un cambio en la estructura patrimonial de las sociedades implicadas cuyo resultado es un grupo de sociedades. La realidad de una depende de la existencia de la otra: la existencia de una sociedad dominante exige que exista una dominada y viceversa<sup>656</sup>. En los supuestos de fundación de una SE-holding, las sociedades promotoras de la operación devienen en filiales dependientes de la nueva SE holding que será la sociedad matriz o cabecera de grupo; mientras que, en el caso

---

<sup>655</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “Comentario Art. 87 ..”, ob.cit., pág. 857.

<sup>656</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, S., “Sociedad filial ...”, ob. cit., pág. 1135. Pueden ser considerados ambos procedimientos como el reverso y el anverso de una misma operación, de tal suerte que la existencia de una sociedad holding supondrá necesariamente la aparición de sociedades dependientes o filiales, y viceversa.

de constitución de una SE filial, las sociedades o entidades promotoras de la operación devienen en sociedades matrices o dominantes de una sociedad dominada o filial común que es la nueva SE creada. Podemos decir que, *una SE ocupará posiciones distintas en la estructura de la relación de dependencia en función de la modalidad de constitución seleccionada*, de manera que estaremos ante una SE dominante o matriz cuando se utilice la modalidad de constitución de holding, o una SE dependiente o filial cuando se acceda por la vía del Arts. 2.3, 35 y 36 RESE.

Esta situación bidireccional de la filialización en el RESE implica un tratamiento uniforme de esta técnica, de tal suerte que, todas las garantías de procedimiento observadas en la constitución de una SE-holding (proyecto de constitución, información a los socios y trabajadores, deliberación y adopción de acuerdo por las juntas generales, formalización efectiva de la operación, etc.) fueran trasladables *mutatis mutandi* a los supuestos de constitución de una SE-filial.

Por último, una precisión de carácter sustantivo de la filialización en el RESE respecto de los porcentajes mínimos de participación en el capital social para generar la situación de dependencia societaria. El RESE en los supuestos de filialización mediante constitución de SE-holding exige que los accionistas de cada una de las sociedades promotoras aporten a la nueva SE un porcentaje mínimo de acciones que en todo caso deberá ser superior al 50% de los derechos de voto permanentes (cfr. Art. 32.2 RESE). En los supuestos de filialización mediante SE-filial, el RESE no establece ningún porcentaje mínimo de participación en el capital social determinante de la relación de dependencia, a diferencia de lo previsto por la norma comunitaria y nacional en materia fiscal<sup>657</sup>. En el supuesto de SE-filial la relación de dependencia o control no se vincula expresamente a los "*derechos de voto*" como en el caso de la SE-holding, por el contrario, sólo se exige la "*participación en el capital social*" (si se quiere con un %

---

<sup>657</sup> Ley 22/2005, de 18 de noviembre por la que se incorpora al Ordenamiento jurídico español la Directiva 2003/123/CE, de 22 de diciembre de 2003, que modifica la Directiva 90/433/CE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, que establece en el Art.3 que se entiende por filial la sociedad cuyo capital incluya una participación directa mínima del 20 por ciento por parte de otra sociedad; porcentaje que va reduciendo progresivamente para situarse desde el 1 de enero de 2009, en el 10 por ciento.

mínimo a efectos fiscales) sin establecer ningún otro requisito de carácter cualitativo. Esta situación permite que en los supuestos de SE-filial puedan existir tanto los grupos jerarquizados, únicos posibles con nuestro Derecho positivo actual, cuando una de las entidades promotoras es “dominante” *strictu sensu* al poseer la mayoría de los derechos de votos y el resto de entidades promotoras-matrices poseen solo participaciones en el capital (socios inversores); como los grupos paritarios u horizontales, supuestos generados en la *SE-filial común* que están poseídas al 50% en capital y derechos de voto por las sociedades promotoras implicando en la mayoría de los supuestos una dirección conjunta y unitaria de las sociedades matrices sobre la filial común (unidad de dirección como requisito para la existencia del grupo en la redacción anterior del Art. 42 CCom).

*b) La SE filial y la fundación sucesiva.*

El proceso de filialización societaria originaria de una SE-filial con domicilio en España, de conformidad con lo dispuesto en RESE, supone la creación de una sociedad que sea filial y con forma de SA; en definitiva un proceso fundacional societario regulado por la LSA.

La LSA reconoce dos regímenes diferentes en sede constitución<sup>658</sup>: la fundación simultánea (Arts. 14 a 18 LSA) y la fundación sucesiva (Arts. 19 a 33 LSA)<sup>659</sup>; cualquiera de ellos es, *a priori*, referente para la constitución de una SE-filial española. La simplicidad caracterizadora de la fundación simultánea de una SA (constitución en un solo acto por convenio de los fundadores recogidos en la escritura de constitución), frente al complejo sistema de la fundación sucesiva con promoción pública de la suscripción de acciones con anterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución, aconsejarían en primera instancia la utilización del

---

<sup>658</sup> En otros países de nuestro entorno se admite también esta dualidad fundacional de la SA, como en Francia, Portugal, Italia, Bélgica o Austria en el ámbito europeo, y también en Argentina o en Suiza. Vid. PEINADO GRACIA, J. I., “Sección 3º De la Fundación sucesiva, comentario a los artículos 19 a 33 LSA”, AAVV. Coord. ARROYO, I./ EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades ...*, ob. cit. págs. 225 a 376.

<sup>659</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., *Curso fundamental ... Vol.II*, ob.cit., pág. 139 y ss.; URÍA, R., MENÉNDEZ, A./ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La sociedad anónima: fundación”, AAVV. Dir. URÍA, R./ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho ...*, ob. cit., pág. 827 y ss; SÁNCHEZ CALERO, F./ SÁNCHEZ CALERO GUILLARTE, J., *Instituciones de ...*, ob. cit., pág. 369 y ss.

primero de ellos, máxime cuando en la práctica no se ha recurrido casi nunca a la fundación sucesiva<sup>660</sup>. La complejidad de la fundación sucesiva de una SA descansa en la existencia de un programa fundacional, un folleto informativo e informes técnicos (Arts. 20 y 21 LSA) que serán objeto de depósito tanto en la CNMV como en el Registro Mercantil (Art. 129 RRM), con carácter previo a la suscripción y desembolso de las acciones necesarias (Arts. 22 a 24 LSA) y a la convocatoria de la junta constituyente (Arts. 25 a 28 LSA y 130 RRM) que delibere y apruebe en su caso, las gestiones realizadas por los promotores, los estatutos sociales, el nombramiento de los administradores de la sociedad y la designación de las personas que han de otorgar posteriormente la escritura fundacional de la sociedad y proceder a la inscripción de la misma.

La fundación sucesiva de la SA es un proceso multifásico complejo que trata de ofrecer garantías a los suscriptores de la futura sociedad; se asimila a las fases preparatoria, decisoria y ejecutoria previstas en el RESE para las modalidades de SE por fusión, holding y transformación, caracterizados precisamente por garantizar la protección de los intereses de los accionistas, trabajadores y terceros (principios informadores del Derecho de Sociedades europeo), a partir de un complejo procedimiento de reestructuración empresarial multifásico o de constitución “*sucesiva*”. El procedimiento de fundación sucesiva de la LSA se presenta como la modalidad de referencia aplicable con carácter subsidiario *mutatis mutandi* en los supuestos de constitución de una SE-filial domiciliada en España. No obstante, una afirmación de este tipo está sujeta a múltiples objeciones como las ya expuestas en los supuestos de constitución de una SE-holding, pues el grupo de interés protegido en la constitución de la SE-filial se limita a los socios o integrantes de las entidades promotoras, mientras que en la fundación sucesiva afectaría a cualquier potencial inversor; además la finalidad perseguida en cada uno de estos procedimientos es diferente: mientras el procedimiento de fundación sucesiva de una SA es la técnica-jurídica empleada

---

<sup>660</sup> Como apunta SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones ...*, ob. cit., pág. 377, “ incluso quienes desean constituir una sociedad con amplia base accionarial procuran eludir este procedimiento – fundación sucesiva- y acuden al sistema de fundación simultánea, suscribiendo las acciones determinados grupos o sindicatos financieros, que posteriormente procuran colocar las acciones entre los eventuales futuros accionistas ...”. Vid. BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho...*, ob.cit. págs.341-343.

por las sociedades que necesitan la promoción de una suscripción pública de acciones (financiación externa) previa a la inscripción y constitución de la Sociedad anónima<sup>661</sup>; la SE-filial es una fórmula de cooperación empresarial intracomunitaria con cierto grado de concentración que puede ocasionar una modificación estructural significativa de las entidades participantes – filialización mediante la segregación de activos significativos de las entidades participantes que conservan su posición de dominio respecto de la filial–, u otras fórmulas de cooperación encuadrables en el término más genérico de las *joint ventures estructuradas mediante una Corporación*.

c) *La SE filial común como sociedad instrumental de las Corporate joint ventures.*

La caracterización jurídica de la SE-filial como instrumento de cooperación empresarial vinculado a las *Corporate joint ventures*<sup>662</sup> exige, en primer lugar, definir las características esenciales de estas alianzas estratégicas de empresas y establecer los posibles puntos de conexión entre ambas estructuras jurídicas. Estos vínculos justificarían en última instancia, la utilización del procedimiento de constitución de una *Corporate joint ventures* como referente en la constitución de la SE filial. Es necesario determinar la naturaleza y tratamiento jurídico del fenómeno socioeconómico de la cooperación empresarial que representan las *joint ventures*.

Las *joint ventures* se definen como acuerdos celebrados entre organizaciones empresariales independientes y activas en el mercado que permiten el empleo de recursos procedentes de más de una empresa y establecen objetivos comunes, mediante estructuras de gobierno mixtas que funcionan en base a principios de mercado y principios de empresa. Desde el punto de vista

---

<sup>661</sup> “La fundación sucesiva es un procedimiento obligatorio en presencia de los presupuestos del Art. 19 LSA”, que evita que fundaciones dirigidas al público se enmascaren como fundaciones simultáneas. Vid. BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho...*, ob.cit., pág. 342.

<sup>662</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F., “Lección 4ª. La empresa y el establecimiento. Inversiones extranjeras”, *Introducción al Derecho Mercantil*, 20ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, págs. 219 -236, disponible en <http://www.tirantonline.com> (ref. TOL1.020.987); Vid. ESPÍN GUTIERREZ, C., “Sociedad conjunta (joint venture)”, AAVV., Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario ...*, ob.cit., pág. 1102, reconoce este autor que la SE-filial a una de las formas societarias posibles constituídas por una *Joint ventures* estructurada.

estratégico representan una auténtica alternativa para la organización de las actividades económicas, sin necesidad de acudir a la externalización total de las transacciones que ofrece el mercado, ni a la internalización de las transacciones en el interior de una única empresa<sup>663</sup>.

La realidad socioeconómica de las joint ventures, de origen angloamericano, es difícil de conceptualizar desde el punto de vista jurídico por la amplitud y heterogeneidad de categorías y fórmulas que pueden adoptar (join venture horizontales: las empresas participantes y la joint venture actúan en el mismo mercado; joint venture vertical: cuando se crea entre empresas competidoras para que actúe en mercados ascendentes o descendentes respecto de las empresas participantes; las joint venture conglomerados: agrupación de empresas que no tienen relación sectorial entre ellas; las joint venture con finalidad consorcial o lucrativa; las joint ventures estructuradas: propiedad compartida de los recursos agrupados; las joint ventures no estructuradas u obligacional: ausencia de la propiedad compartida de los recursos agrupados; las joint ventures de investigación, de producción o de comercialización; las joint ventures domésticas o internacionales, etc.). No obstante, en Europa la primera definición general sobre la joint ventures la proporciona la Comisión Europea en la Comunicación sobre las operaciones de concentración y cooperación en el marco del Derecho de la Competencia de 1990, y en la actualidad sigue siendo válida a pesar de las modificaciones experimentadas por esta normativa en el marco de la Unión Europea<sup>664</sup>; así, la joint ventures se define como: “*la participación de dos o más*

---

<sup>663</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F., « Lección 15<sup>o</sup>. Contratos de colaboración y de prestación de servicios”, *Introducción al Derecho Mercantil ...*, ob. cit., disponible en <http://www.tirantonline.com> (Ref. TOL 1. 021.993). La joint ventures como “categoría socio económica, que se define como una alianza estratégica entre empresas, situada a mitad de camino entre las relaciones de mercado (libre competencia) y de empresa (organización jerarquizada de las decisiones económicas: a la que pertenecen los pactos parasociales, como instrumento de gobierno corporativo)”.

<sup>664</sup> Vid. PAULEAU, CH., « Incidencia ... », ob. cit., pág.102, Comunicación de la Comisión sobre operaciones de concentración y cooperación con arreglo al Reglamento n<sup>o</sup> 4064/89, DOCE C 203, de 14 de julio de 1990.

Sobre la evolución del Derecho de la Competencia en la Unión Europea, Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., “El Derecho Europeo de la Competencia”, AAVV, Coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A., *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 2005, págs. 39-50.

*empresas fundadoras, en una empresa común, sometida al control conjunto de las mismas”.*

Partiendo de esta noción de la Comisión nuestra doctrina<sup>665</sup> define la joint ventures, a partir de la concurrencia de tres elementos conceptuales: a) la participación de dos o más empresas; b) la creación de una empresa en común, o empresa en participación -filial común- o la simple agrupación de recursos para un fin determinado, y c) el control conjunto sobre el objeto económico de la alianza.

Estos tres elementos conceptuales se pueden identificar, *a priori*, en las estructuras empresariales creadas en el marco de una SE filial, concretamente:

i) El elemento subjetivo de participación de dos o más empresas en una joint ventures se cumple para la SE filial (Art.2.3 RESE) al exigir la participación de “*al menos dos*” de las entidades-empresas legitimadas para su constitución.

ii) El elemento objetivo de la creación de una empresa común, empresa en participación o simple agrupación de recursos de las joint ventures se cumple también en la modalidad de SE-filial. Precisamente la nueva sociedad SE-filial creada es la empresa común fruto de la suscripción conjunta de sus acciones por parte de dos o más empresas legitimadas para ello (“*podrán constituir una SE filial suscribiendo sus acciones, siempre que al menos dos de ellas: ..*”); y por último,

iii) El elemento de control conjunto<sup>666</sup> sobre el objeto de la alianza puede concurrir igualmente en los supuestos de SE-filial que por su “*cualidad de sociedad filial*” está sujeta al control conjunto, al menos económico, de sus empresas dominantes o sociedades matrices como entidades promotoras de su constitución.

---

<sup>665</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F., « Lección 15ª. Contratos de colaboración y de prestación de servicios”, *Introducción al Derecho Mercantil ...*, ob. cit., disponible en <http://www.tirantonline.com> (Ref. TOL 1. 021.993).

<sup>666</sup> El “control conjunto” se ha interpretado por la doctrina especializada, en los contratos de joint ventures, como el “equilibrio de poder” inherente a toda relación contractual en la búsqueda de la satisfacción recíproca de los intereses de todas las partes contratantes. Desde esta perspectiva las empresas participantes en la alianza mantienen una relación de “equilibrio de poder” entendida como oposición a cualquier vínculo de dominación o subordinación. Vid. PAULEAU, CH., *Incidencia ...*, ob. cit., pág. 167.

La doctrina europea distingue dos tipos de vertebración jurídica de las joint ventures: las joint ventures de tipo obligacional y las de tipo mixto<sup>667</sup>. Las de tipo obligacional responden a formas no estructuradas en las que dos o más empresas se unen para desarrollar una función empresarial en común a partir de la celebración de un contrato, sin renunciar ninguna de ellas a sus actividades económicas, ni crear una entidad nueva para la explotación de la actividad desarrollada conjuntamente; y las joint ventures de tipo mixto<sup>668</sup> o estructuradas, que disfrutan del doble carácter obligacional y estructural. El estructural se manifiesta en “la entidad jurídica constituida en el seno de la alianza –empresa común–, que es en realidad el vehículo mediante el cual la joint ventures se proyecta de manera unificada en el mercado”<sup>669</sup>, y el contenido obligacional representado por el “acuerdo base” realizado previamente por las empresas participantes para fijar los elementos esenciales de la alianza a implementar.

La existencia de una forma estructurada de alianza empresarial – joint ventures estructuradas – deriva del contrato base firmado por las entidades participantes – empresas, y no de la entidad constituida en su seno, así pues, las relaciones jurídicas de las empresas participantes en la alianza se organizan en dos planos distintos y jerarquizados, por un lado en el contrato de base: como sujetos de una alianza estratégica; y en segundo lugar, como integrantes o promotores de una nueva entidad jurídica ajustada a un concreto estatuto jurídico según el tipo elegido (Agrupaciones Europeas de Interés Económico o simples Agrupaciones de interés económico cuando se persiga una finalidad consorcial, o el recurso a los tipos societarios de la Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada como Corporate System que persiguen una finalidad

---

<sup>667</sup> Vid. PAULEAU, CH., *Incidencia ...*, ob. cit., pág. 115.

<sup>668</sup> Este tipo de joint ventures han sido calificadas por la doctrina alemana como *Doppelgesellschaft* o «doble sociedad» y en la doctrina francófona como “filial común” o “sociedad de sociedades”, entendida como aquella sociedad cuyas participaciones o acciones están poseídas por sociedades respectivamente independientes y cuyo control está ejercido colectivamente por éstas últimas, independientemente del quantum de su participación. Vid. PAULEAU, CH., *Incidencia ...*, pág. 192- 196.

<sup>669</sup> Vid. PAULEAU, CH., *Incidencia ...*, ob. cit., pág. 120 ; ESPÍN GUTIERREZ, C., “Sociedad Conjunta (joint ventures)”, AA.VV, Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario ...*, ob. cit., pág. 1102.



lucrativa<sup>670</sup>) que se entenderá deberá ser lo más personalizado posible para poder cumplir con las finalidades fijadas en el acuerdo de base o contrato de unión.

La formalización o constitución de una joint ventures está condicionada por su tipología de joint ventures no estructurada o joint ventures estructurada. Por *Corporate joint ventures* se conocen a las joint ventures estructuradas con finalidad lucrativa que utilizan la forma de una sociedad de capital (Corporate) para materializar la empresa común con la que proyectan su actividad conjunta en el mercado las empresas participantes de la alianza. En este sentido, la SE-filial reúne las características funcionales idóneas para materializar una alianza empresarial supranacional en la modalidad de Corporate joint ventures.

La doctrina califica la naturaleza jurídica del procedimiento de constitución de una joint ventures como “*específica atipicidad*”<sup>671</sup> por su finalidad socioeconómica que se materializa en un *negocio jurídico complejo*<sup>672</sup>, *integrado por un acuerdo base o contrato de unión entre las empresas que forman la alianza, y completado por una serie de acuerdos satélites*<sup>673</sup> o técnicas jurídicas de organización de la alianza entre las empresas.

El “contrato de unión” es el *contrato base* del negocio jurídico complejo formado por la joint ventures y responde a las características de un contrato privado celebrado entre todos los socios-empresas de la alianza y realizado fuera del ámbito de sus respectivos estatutos sociales. Este *contrato base* se presenta

---

<sup>670</sup> Vid. PAULEAU, CH., *Incidencia ...*, ob. cit., pág. 142.

<sup>671</sup> Vid. Díez Pícazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, Vol. I. *Introducción teoría del contrato*, 4ª edición, Madrid, Civitas, 1993, pág. 25. Los conceptos de tipicidad o atipicidad son relativos, pues se miden en función del contenido que en cada momento posee el Ordenamiento jurídico, siendo, no obstante, un cauce para que la vida social y económica, siempre varia y cambiante, pueda encontrar un instrumento idóneo de realización de fines e intereses.

<sup>672</sup> Los actos jurídicos complejos se definen como el “*conjunto de declaraciones de voluntad unilaterales de contenido idéntico –puesto que el interés es el mismo– cuya interrelación e interdependencia –concurso– origina el acto complejo, idóneo para la obtención de un resultado jurídico determinado que exprese la satisfacción de tal interés común*”. Vid. PÉREZ MILLA, J.J., *Fusión internacional de Sociedades Anónimas en el Espacio Jurídico Europeo*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág.51.

<sup>673</sup> Vid. VICENT CHULIÁ, F., « Lección 15. Contratos de colaboración... », disponible en <http://www.tirantonline.com> (ref. TOL 1.021.993); PAULEAU, CH., *Incidencia ...*, ob. cit., pág. 209.

respecto de la nueva sociedad común como un “*acuerdo metaestatutario*”, es decir, un acuerdo que engloba cuestiones de diversa índole que van más allá de regular los aspectos meramente organizativos o de funcionamiento de la sociedad (estatutos sociales), al incluir la celebración de un contrato de sociedad (sociedad conjunta o filial común); pero además tampoco puede ser calificado como un “*acuerdo paralelo a los estatutos sociales*” y ni mucho menos, como un “*acuerdo infraestatutario*”<sup>674</sup>.

---

<sup>674</sup> La distinción fundamental entre acuerdo “*metaestatutario*”, “*acuerdo paralelo a los estatutos sociales*” y “*acuerdo infraestatutario*”, ha sido formulada en estos términos por la doctrina francesa en relación con los pactos extraestatutarios entre los socios de una misma sociedad. Los autores franceses (Verladorchio- Flores, D., *Les accords extra-statutaires entre associés*, o el profesor Prat, S., *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*) consideran el contrato base de la joint ventures como el “*acuerdo metaestatutario*” por excelencia. Los acuerdos adjuntos o paralelos son esencialmente, según dichos autores, los sindicatos de votos y de bloqueo. Finalmente los acuerdos *infraestatutarios* remiten a los actos sociales, es decir, a los adoptados por los propios órganos sociales, como el reglamento interno del consejo de administración. Vid. PAULEAU, CH., “*Incidencia ...*”, ob. cit., pág. 247 a 250, este autor considera además, que el “*protocolo familiar*”, y siguiendo a VICENT CHULIÁ, F., “*Organización jurídica de la empresa familiar*”, AAVV. *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje ...*, ob. cit., págs. 4556 - 4557, puede ser considerado como un acuerdo metaestatutario, siempre y cuando el protocolo familiar como contrato privado, organice la “*empresa familiar*” –relaciones como sociedad y grupo de sociedades que le acompañan-, siendo por tanto el contrato principal de un negocio jurídico complejo en el que la sociedad o el grupo de sociedades dependen de forma unilateral del mismo. Según PAULEAU, el acuerdo “*metaestatutario*” tampoco puede ser englobado en la clasificación genérica de nuestra doctrina de los pactos “*parasociales*”, pues se diferencia de éstos tanto en sus aspectos formales como en su aspecto causal; mientras que los pactos parasociales se caracterizan por su autonomía causal y su subordinación respecto de la sociedad (autonomía causal porque el interés de los socios agrupados en los pactos parasociales difiere del interés social, a la vez que la sociedad se presenta siempre como presupuesto material y elemento formal de legitimación de los pactos parasociales que se colocarán por tanto en una posición accesorio, es decir, de subordinación funcional respecto de la sociedad), en el negocio jurídico complejo de la joint ventures, el contrato de sociedad “*filial común*” tiene una causa idéntica al contrato base de la joint ventures, porque cualquier figura que se integre en el “*negocio jurídico complejo*” tendrá como finalidad asegurar el funcionamiento de una alianza entre empresas; además la sociedad filial común, se coloca en una posición accesorio o de dependencia unilateral frente al contrato de base de la joint ventures, como contrato principal del negocio jurídico complejo y por tanto “*acuerdo metaestatutario*”.

El acuerdo base o contrato de unión, también denominado protocolo, como documento en el que se fundamenta toda la operación de joint ventures tendrá como mínimo los siguientes contenidos<sup>675</sup>: nombre de las empresas partes, estrategia a seguir, los objetivos de la alianza, la duración de la operación, el programa de inversión a realizar, el apoyo técnico a proporcionar, las modalidades de constitución, organización y funcionamiento de la sociedad de capital que da forma a la empresa común, y todos aquellos datos fundamentales que determinarán su naturaleza específica como contrato de unión.

En segundo lugar, y respecto de los “acuerdos satélites” que integran en el negocio jurídico complejo de la joint ventures, uno de ellos, en los supuestos de las Corporate joint ventures, necesariamente es el contrato fundacional de una sociedad de capital o Corporate (SA ó SRL<sup>676</sup>) que tienen por objeto directo la constitución, la organización y funcionamiento de la misma.

Una de las particularidades de la empresa común o filial común (Corporate) constituida en el seno de la alianza empresarial, viene determinado por la exigencia de la adaptación o *personalización*<sup>677</sup> de la misma a la finalidad pretendida en el contrato de unión o contrato base, esto es, a la creación, organización y funcionamiento de una auténtica alianza empresarial. La “*personalización de la sociedad común*” o filial común se materializa en los acuerdos alcanzados por los socios en la escritura de constitución (Art.10 LSA), en los estatutos sociales, o en los pactos *parasociales* (Art. 7.1 LSA) o *extraestatutarios*, éstos últimos no resultan oponibles a la sociedad<sup>678</sup>, y todos ellos con el límite de no vulneración de las normas y principios generales del Derecho. Desde el punto de vista material, estos pactos entre socios colaboran en la consecución de los

---

<sup>675</sup> Vid. PAULEAU, CH., *Incidencia ...*, ob. cit., pág. 298.

<sup>676</sup> Vid. PAULEAU, CH., *Incidencia...*, ob. cit., pág. 583 en las conclusiones de su tesis, propone como una de las formas societarias idóneas para la filial común a la SAS del derecho francés.

<sup>677</sup> La flexibilidad de la SA y de la SRL se manifiesta por la presencia en ellas de normas dispositivas y supletorias, que permiten el reconocimiento y atribución de facultades a la autonomía privada de los socios dando paso a una regulación convencional de las relaciones entre socios o entres socios y sociedad. Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., “La Sociedad de Responsabilidad Limitada. ¿Corporation personalizable?”, *RdS*, nº 7, 1996, pág. 34, citado por PAULEAU, CH., “*Incidencia ...*”, ob. cit., pág. 307.

<sup>678</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., *Curso Fundamental de...*, Vol.II, ob. cit., págs. 152 -153.

objetivos de la joint ventures, entre ellos, destacan: a) la organización de la propiedad del capital de la sociedad filial común; b) el reparto entre los socios del control de la administración y gestión social- control conjunto con independencia de la participación en el capital-; c) la protección de los intereses económicos de los socios; d) la resolución de sus disputas y de los consiguientes bloqueos de los mecanismos de decisión en los órganos sociales; e) la protección de los intereses patrimoniales en caso de extinción de la relación de alianza, ya sea por disolución de la sociedad o por la separación de alguno de los socios-empresas; f) la garantía del cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato de unión.

El procedimiento de constitución de las Corporate joint ventures se caracteriza por su naturaleza esencialmente contractual<sup>679</sup>, basada en el principio de la autonomía de la voluntad y materializada como mínimo en tres momentos esenciales: a) el contrato de unión o contrato base de la alianza, como acuerdo “metaestatutario” y superior jerárquico; b) un contrato de sociedad común tipificado (SA, SRL o SE) y c) los acuerdos “parasociales” que personalicen a la sociedad común adaptándola a las finalidades de la alianza estratégica pretendida.

Por último, en este somero análisis de la naturaleza y procedimiento de constitución de las Corporate joint ventures, hay que hacer mención a su vinculación con los grupos de sociedades. La doctrina especializada, esencialmente la alemana y el Derecho comunitario<sup>680</sup> (Propuesta de Novena Directiva de Sociedades sobre grupos de sociedades), reconocen la existencia de los llamados “grupos horizontales” o “grupo por coordinación”<sup>681</sup> por oposición

---

<sup>679</sup> Sujetos por tanto a la teoría general de los contratos (artículos 50 a 63 CCom y artículos 1254 y ss del Código Civil).

<sup>680</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “Los grupos de sociedades ...”, ob.cit., 1989, pág. 387; EMBID IRUJO, J.M., “La regulación de los grupos ...”, ob.cit., págs. 105-129; HOPT, K.J., “Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes, perspectives européennes”, en *Rev. Sociétés*, 1987, págs. 372- 390; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Problemas actuales del Derecho de Sociedades”, *RDM*, nº 124, 1972, págs. 221-244.

<sup>681</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al Derecho ...*, ob. cit., págs. 7 y 151-154 “En el grupo horizontal, paritario o por coordinación, falta, como su propia denominación implica, el elemento del control (societario). Cabría hablar, por ello, de un concepto amplio de grupo, que incluiría únicamente el elemento de la dirección unitaria, y de un concepto estricto que, por comprender el control societario, sólo podría referirse a los grupos jerárquicos. (...)”.

al grupo clásico y fuente de estudio preferente de los grupos por subordinación o jerárquicos. Desde la perspectiva del derecho de grupos de sociedades, en el seno de la estructura jurídica de una Corporate joint ventures o sociedad filial común en forma de sociedad de capital, confluyen tanto los vínculos de subordinación como los de coordinación. La unidad de decisión a la que da lugar cualquier grupo de sociedades, en la Corporate joint ventures se basa en la coordinación o “unión de igualdad” de las sociedades madres entre sí, que ejercen un “control conjunto” o una dirección conjunta sobre la sociedad común y además coexiste con el vínculo de subordinación materializado en la relación de dependencia societaria o control económico de las sociedades madres respecto de la sociedad filial común. En las joint ventures estructuradas, la sociedad común creada siempre será gestionada en el interés común de las empresas fundadoras más que en sus intereses particulares. El interés del estudio de las Corporate joint ventures desde la disciplina del Derecho de grupos, superadas las primeras dudas sobre la necesidad de una regulación específica de los grupos horizontales, descansa en la legitimación reconocida al “contrato de base” de la joint ventures como contrato a partir del cual se crea un grupo por coordinación o grupo horizontal<sup>682</sup>. Pero además, debe considerarse como particularidad propia de las Corporate joint ventures o filiales comunes, que su naturaleza cooperativa o de unión estratégica de empresas (grupos horizontales), no excluye su faceta de concentración empresarial propio de los grupos por subordinación.

A la hora de establecer los puntos de conexión entre una Corporate joint ventures y la SE filial, se reconoce la idoneidad de la SE filial como sociedad *vehículo* para la materialización de una Corporate joint ventures a nivel comunitario. La constitución de una Corporate joint ventures que adopte la forma de SE-Filial común se ajusta perfectamente a la funcionalidad del tipo europeo como instrumento para la realización de operaciones de cooperación empresarial supranacional (considerando 3 RESE).

Respecto de los objetivos pretendidos de caracterización jurídica del procedimiento de constitución de la SE-filial y su vinculación con el negocio jurídico complejo de la Corporate joint venture, no cabe duda que, ambas figuras

---

<sup>682</sup> Vid. PAULEAU, CH., “Incidencias ...”, ob. cit., pág. 350- 352.

comparten estructuras jurídicas análogas<sup>683</sup> caracterizadas por la constitución de una sociedad participada y gestionada conjuntamente por dos empresas (filial común o sociedad conjunta). Las dos estructuras comparten también un tratamiento legislativo escaso en su proceso fundacional; no obstante, los criterios y reglas diseñados en la práctica para las Corporate joint ventures únicamente proporcionan un modelo de referencia de carácter contractual en el proceso fundacional de la SE-filial, si bien, limitado exclusivamente a la esfera de la autonomía de la voluntad de las sociedades promotoras mediante pactos parasocietarios o extraestatutarios de la nueva SE-filial constituida para garantizar el funcionamiento de una estructura orgánica paritaria constituída por las empresas –promotoras que así lo definan.

*d) La constitución de una SE filial como modificación estructural supranacional sui generis.*

La caracterización jurídica del proceso fundacional de la SE-filial domiciliada en España con una *modificación estructural supranacional sui generis*,

---

<sup>683</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución de la Sociedad ...”, ob. cit., pág. 223, nota a pie núm. 80, “Por el que normalmente se llegará a constituir un grupo paritario u horizontal entre las sociedades o entidades fundadoras, con particular significación en el caso de las filiales comunes poseídas al 50%”.

Entendemos que estas apreciaciones son perfectamente válidas, siempre que consideremos la naturaleza de la filial como “común”, pero el RESE, solamente alude a SE filial, sin la adjetivación de “común”. Supongamos por ejemplo, que una Sociedad española decidiera desarrollar una rama de su actividad empresarial a nivel comunitario, o simplemente que quisiera utilizar la “marca europea del tipo societario” para probar su impacto en el mercado. Esta sociedad española no está interesada en transformar toda su estructura para ser una SE, tan solo persigue la “marca europea” para esa concreta rama de actividad, por lo puede decidirse por constituir una SE filial con domicilio en España, y bastaría para su válida constitución que un socio inversor comunitario, por ejemplo una sociedad alemana de *seed capital*, suscribiera un porcentaje del 10% las acciones de la SE filial en el momento fundacional, sin necesidad de que ésta última interviniera ni en la dirección ni en la gestión de la filial, tan solo permanecería como socio de la SE filial hasta la puesta en marcha definitiva de la misma, para luego salir de esta sociedad vendiendo sus participaciones al socio español y único promotor real de la SE filial. El RESE se refiere en todo momento a la constitución de una “SE filial”, sin alusión en ningún momento a filial “común” que hubiera facilitado la interpretación de la exigibilidad de una situación de “control conjunto” por parte de las empresas participantes, ajustándose a las características propias de las Corporate joint ventures.

dota al RESE de la coherencia sistemática y funcional necesaria para que sus modalidades constituyentes se configuren como operaciones-modelo dentro un sistema-marco de reestructuración empresarial de carácter europeo integrado, entre otros, por la SE<sup>684</sup>.

Esta caracterización jurídica reconoce en la operación de la SE-filial, la filialización o “segregación” de actividades o de capital llevada a cabo por dos o más entidades promotoras-matrices que aportan a la nueva SE creada *ad hoc*, el conjunto de actividades comerciales o industriales a cambio de las acciones de la sociedad beneficiaria –filial– SE. La operación de referencia, en este supuesto similar a la constitución de SE-holding, es la segregación definida por el Art. 70 LME con algunas matizaciones que caracterizarían a la SE-filial como modificación estructural *sui generis*. Así, respecto del ámbito patrimonial o traspaso en bloque por sucesión universal de parte/s del patrimonio que conformen unidades económicas como requisito tipificador de la segregación<sup>685</sup>,

---

<sup>684</sup> En el Derecho societario europeo no existe *strictu sensu*, un sistema de modificaciones estructurales comunitario, o mejor de “reestructuraciones empresariales europeas”, pero a la vista de las propuestas legislativas recientes, se podría empezar a hablar de un *sistema de reestructuración y concentración empresarial europeo* integrado por diferentes instrumentos legislativos dependiendo del ámbito subjetivo de actuación. Así, para la gran empresa, sería el RESE, para las sociedades cooperativas el Reglamento sobre Estatuto de Sociedad Cooperativa Europea, y para las PYMES, el todavía hoy proyecto de Estatuto de Sociedad Privada Europea. La unidad sistemática de estos instrumentos se reconoce en su ámbito supranacional de actuación o elemento extranjero europeo común a todos ellos, y procesos constituyentes más o menos tipificados que garantizan la protección de los intereses de los socios, terceros (incluidos las Administraciones públicas) y los trabajadores afectados por los procesos de reestructuración empresarial, como principios legitimadores del Derecho societario europeo.

<sup>685</sup> Vid. RODRIGUEZ ARTIGAS, F., “Comentario al proyecto de Ley ...”, *ob.cit.*, págs. 63-64. Equipara plenamente segregación y aportación de rama de actividad, aunque el Art. 70 LME (en el proyecto Art. 69) “no utilice esta segunda expresión y denomine a ambas “segregación”(…), al reconocerse expresamente en el Proyecto que en la operación se producen los efectos de la sucesión universal, desaparece la posible diferencia entre segregación y aportación de rama de actividad (...) de la interpretación a sensu contrario del Art. 69 del Proyecto, resulta evidente que el traspaso a otra sociedad o a otras sociedades de una parte o varias partes del patrimonio cada una de las cuales no forme una unidad económica no es ni segregación ni aportación de rama de actividad ni, por tanto, una modalidad de escisión, de modo que la transmisión se realiza a título singular y se rige por las normas de las aportaciones no dinerarias de la sociedad anónima o de la limitada, según el tipo de sociedad destinataria de la aportación”.

no es exigible *strictu sensu* en la SE-filial que se limita a la exigencia formal de la “suscripción de acciones de la SE por parte de las entidades promotoras”, sin perjuicio de que esa participación en el capital de la sociedad filial sea la contraprestación a una aportación patrimonial de capital (segregación de cartera) o de partes patrimoniales constitutivas de unidades económicas, como se exige en los supuestos de segregación.

El aspecto corporativo o personal de la modificación estructural de una SE-filial, igual que en la segregación, opera entre sociedades (personas jurídicas) sin la participación individualizada de los socios exigible en los supuestos de SE-holding y escisión parcial. En las operaciones de segregación tipificadas por el legislador español (LME), la sociedad segregante es solamente una y las sociedades beneficiarias una o varias, mientras que la SE-filial parte del supuesto de hecho contrario pues las entidades jurídicas-promotoras (sociedades en sentido comunitario) o sociedades “segregantes” son dos o más, y la sociedad beneficiaria es siempre única y constituida *ad hoc*, la SE-filial.

La constitución de una SE-filial supone en todo caso, la existencia de una cierta concentración empresarial operada entre dos o más entidades jurídicas independientes que conservando su independencia, promueven la creación conjunta de una nueva sociedad integralmente participada por las sociedades promotoras matrices de aquélla. No es un supuesto clásico de concentración empresarial (concentración económica) que responda a la categoría de una modificación estructural de las sociedades participantes (concentración jurídica), como es el supuesto de la SE-fusión o SE-holding, que exigen un canje de acciones/participaciones de las sociedades promotoras por acciones de la SE-holding, sino una modalidad singular de modificación estructural, que si bien no implica necesariamente alteraciones en las estructuras patrimoniales de las entidades promotoras, si produce una concentración parcial de la mismas instrumentada en la sociedad dependiente SE-filial sobre la que comparten el dominio las entidades promotoras (la concentración jurídica parcial operada a través de la creación de una sociedad filial por dos o más entidades que voluntariamente así lo han acordado, supone un cierto grado de concentración o, al menos, cooperación económica de la actividad económica o empresarial desarrollada por la sociedad filial conforme a su objeto social).



La naturaleza jurídica de la SE-filial como *modalidad sui generis de concentración empresarial parcial-corporativa* o *modificación estructural supranacional sui generis*, supone que estas instituciones jurídicas (modificaciones estructurales) sean las fuentes de referencia en última instancia para colmar las lagunas en el procedimiento de constitución de una SE filial con domicilio en España, aplicables tras el filtro del procedimiento de SE-holding.

#### VI. NORMAS APLICABLES EN LOS SUPUESTOS DE CONSTITUCIÓN DE UNA SE POR TRANSFORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA ESPAÑOLA.

La naturaleza jurídica de la operación de transformación no plantea dudas sobre su encuadramiento como operación de modificación estructural societaria<sup>686</sup>, tradicionalmente reconocida como tal a nivel comunitario y nacional. En esta modalidad de constitución se garantiza la existencia de un procedimiento de fundación dividido en fases en el que se observan los derechos de información de los socios, acreedores y trabajadores, y el reconocimiento de la participación de la Junta general en la fase decisoria del proceso (Art. 37.7 RESE), característicos de este tipo de operaciones. La transformación de una SA española en una SE no producirá la disolución de la SA, ni su extinción, ni la creación de una nueva persona jurídica (Art.37.2 RESE)<sup>687</sup>. Los cambios que se producen con la transformación afectan a la organización de la sociedad, pero no a su personalidad jurídica (Art.3 LME). Algunos autores<sup>688</sup> han visto la transformación de una SA cabecera de un grupo multinacional en SE, como el punto de partida de un proceso de reorganización y reestructuración empresarial, en tanto en cuanto, la transformación de una SA en SE se presenta como el expediente adecuado para preparar una fusión transfronteriza, o la integración en una sociedad holding, o incluso como el instrumento para llevar a cabo un proceso de

---

<sup>686</sup> Vid. BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho...*, ob. cit., págs.555-560.

<sup>687</sup> Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., "La transformación de la Sociedad Anónima española en Sociedad Anónima Europea y viceversa", AAVV,Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea ...*, ob. cit., págs. 229-255.

<sup>688</sup> Vid. SÁNCHEZ RUS, H., "Constitución de la SE por transformación de SA", AAVV., Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima ...*, ob. cit., pág. 477.

expansión internacional. En cualquier caso, con esta modalidad de constitución, no se persigue tanto favorecer la concentración empresarial, sino la de permitir que las sociedades anónimas nacionales de dimensión comunitaria puedan transformarse en una sociedad “cuya formación y funcionamiento estén regulados por un Reglamento de Derecho comunitario, directamente aplicable a los Estados miembros, sin que los obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles puedan impedir o dificultar tales operaciones” (cfr. Considerando 6 y 7 RESE); en definitiva, se trata de establecer la correspondencia necesaria entre la unidad económica y la unidad jurídica de manera que una sociedad anónima que no limita su actividad al mercado nacional pueda contar con un instrumento jurídico adecuado a su dimensión europea<sup>689</sup>.

El régimen jurídico aplicable a esta modalidad de constitución de SE por transformación de una SA española, no plantea dudas desde la entrada en vigor de la LME (4 de julio de 2009). Expresamente prevista entre los supuestos de posible transformación, el Art. 4.4 LME se refiere a la transformación de una SA española en SE y viceversa que se regirá por lo dispuesto en el RESE y sus normas de desarrollo y por la Ley 31/2006, 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas (cfr. Art. 6 LME). Con este planteamiento, el legislador nacional reconoce la especialidad del régimen jurídico comunitario del RESE<sup>690</sup> y sus normas de desarrollo en los supuestos de transformación como si de un régimen jurídico autónomo e independiente se tratara, sin plantearse siquiera una aplicación subsidiaria de las normas nacionales generales sobre transformación de sociedades (Arts. 3-21 LME)<sup>691</sup> en los supuestos de transformación de una SA en SE y viceversa. En

---

<sup>689</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R., *La Sociedad anónima ...*, ob. cit., pág. 132.

<sup>690</sup> El RESE, además de la modalidad constitutiva por transformación de SA en SE (Art. 37 RESE), regula la transformación de una SE en SA en el Art. 66 RESE, entre las disposiciones relativas a la disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos del Título V del RESE.

<sup>691</sup> Una de las características de la LME es la unificación, actualización y dilatación del perímetro de las transformaciones posibles (Cfr. Preámbulo apartado I), que se realiza en el marco de esta nueva una normativa general mercantil (LME), “aplicable a cualquier sociedad de esta naturaleza, con independencia de la forma o del tipo social, salvo que expresamente se establezca lo contrario” (Preámbulo apartado II). En este sentido, la LME para regular la

cualquier caso, nos encontramos con una suerte de remisiones recíprocas entre ambos textos legales pues la norma nacional (LME) reenvía a la norma especial comunitaria (RESE), y la norma comunitaria utiliza para completar su régimen jurídico la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas (Art. 15 RESE); en definitiva, una vuelta a la LME para los supuestos de transformación de la SA en SE, que a excepción de exigencias específicas del procedimiento previsto por el Reglamento como la certificación sobre activos netos suficientes (Art. 37.6 RESE y 326.2 LSA), sería aplicable para cubrir las lagunas técnicas y formales del procedimiento de transformación de una SA en SE no previstos por el RESE, como por ejemplo, el régimen de las mayorías requeridas para la adopción del acuerdo de transformación, contenido de la escritura de transformación, etc..

El supuesto de transformación de una SA española en SE exige, en primer lugar, que la SA reúna los requisitos legales que la legitiman para optar por esta modalidad, es decir, que cuente con una filial sujeta al Ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante al menos dos años; en segundo lugar, el sistema de prelación de normas exige acudir primero las disposiciones del RESE (Art. 37 RESE) y disposiciones nacionales específicas de desarrollo de esta modalidad (Art. 326 LSA); en segundo lugar, y para los aspectos no cubiertos del procedimiento, se recurre por analogía y en lo que fuera compatible con las especificaciones propias de la transformación, a las disposiciones del RESE relativas a la modalidad de fusión, y por último y con carácter subsidiario, a las disposiciones nacionales previstas para la transformación de las sociedades

---

transformación utiliza como modelo la concepción más amplia de la LSRL frente a la restringida de la LSA, aunque en el catálogo de transformaciones posibles del Art. 4 LME no se contempla expresamente la transformación de una sociedad mercantil en sociedad civil (pero sí la contraria, sociedad civil en cualquier tipo de sociedad mercantil- Art. 4.3 LME), cuando ya se contaba con esta posibilidad en el derogado Art.87.2 LSRL. El silencio del legislador, se debería interpretar, en principio, en sentido negativo aunque sus consecuencias se puedan considerar desproporcionadas y hayan comenzado a generar las primeras críticas por parte de la doctrina que no encuentran justificación en problemas técnicos o de política jurídica que impidan la transformación de una sociedad mercantil en sociedad civil (por ejemplo, el régimen de la sociedad civil se aplica a las sociedades irregulares con objeto civil del Art. 16 LSA). Vid. LEÓN SANZ, F.J., "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: I.Transformación", *RdS*, núm. 31, pág.23.

anónimas (Ley 3/2009, de 3 abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles).

---

**CAPITULO TERCERO.**  
**PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN DE UNA SE-FILIAL**  
**DOMICILIADA EN ESPAÑA: FASES Y CONTENIDO.**

I. PRELIMINARES.

La Sociedad Europea es un instrumento de reestructuración y/o cooperación empresarial a nivel comunitario y como tal disfruta, al igual que sus homólogos nacionales, de las características propias de un procedimiento complejo dividido en fases interdependientes y de carácter necesario para que puedan desarrollarse sus efectos sobre las sociedades y/o entidades participantes. La SE supone, para las entidades constituyentes, una operación societaria compleja de reestructuración empresarial supranacional sometida a un régimen jurídico específico mixto que garantiza la fundación de un tipo societario europeo beneficiario de la operación mediante el negocio jurídico que las vincula<sup>692</sup>, a la vez que garantiza los intereses de los socios, terceros y trabajadores. Éstos últimos adquieren un papel relevante en el proceso constituyente a través del régimen jurídico específico de participación de los trabajadores previsto por la DITSE.

El RESE, en tres de sus modalidades constituyentes de SE (fusión, holding y transformación), prevé expresamente distintas fases comunes (preparatoria, decisoria y ejecutiva). La regulación más detallada y extensa corresponde al procedimiento de la SE-fusión que regula la fase preparatoria en los Arts. 20 a 22 RESE y Art.319 LSA; la decisoria en los Arts. 23 a 26 RESE y Arts. 320 y 321 LSA; y la ejecución en los Arts. 27 y 28 RESE y Art.322 LSA; además, la constitución SE-fusión cuenta con el apoyo legal y subsidiario de la Tercera Directiva 78/855/CEE y normas nacionales de desarrollo de la misma (Arts. 22-53 LME<sup>693</sup>) a las que se

---

<sup>692</sup> Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., “La constitución mediante fusión ...”, ob. cit., pág. 334.

<sup>693</sup> Las normas de referencia aplicables son las de la fusión en general y no el régimen especial de la fusión transfronteriza intracomunitaria (Arts. 54- 67), fruto de la

acude por remisión expresa del RESE o para cubrir cuestiones lacunosas no previstas expresamente. En los supuestos de SE-holding, la fase preparatoria está regulada en el Art.32, apartados 2, 3, 4 y 5 RESE y en los Arts. 323 y 324 LSA; la fase decisoria en el Art. 32 .6 y 7 RESE, Art. 33.1 a 4 RESE, y la fase de ejecución en el apartado 5 del artículo 33 RESE. En los supuestos de transformación de una SA existente en SE, las tres fases del procedimiento quedan comprendidas en los apartados 1 a 9 del Art.37 RESE.

El régimen jurídico de la constitución de una SE-filial (Art. 35 y 36 RESE) y el modo derivativo de constitución de SE- filial de otra SE (Art.3.2 RESE) son los únicos en los que no se alude expresamente a un proceso multifásico semejante al resto de las modalidades. La doctrina había constatado que para evitar *“la utilización espuria de la normativa comunitaria –referido a la constitución de una SE filial - sería conveniente que el legislador nacional estatuyera, como mínimo, la obligatoria consulta a la Junta para la adopción de este tipo de decisiones<sup>694</sup>”*, cuestión que no ha sido resuelta en tal sentido por el legislador nacional al no incorporar referencia alguna a esta modalidad de constitución en la Ley 19/2005, de 14 noviembre, ni en la Ley de Sociedade Anónimas.

No obstante, una interpretación teleológica y funcional del RESE, y especialmente en materia de constitución, aconsejan un mínimo de uniformidad formal y material para garantizar igual protección de los derechos de los socios, acreedores y trabajadores en cualquier de las modalidades de acceso, sin perjuicio de las especificaciones propias de cada operación. La SE conforma un modelo de modificación estructural supranacional que exige un mínimo común denominador en todas sus modalidades de acceso. Se trata de un mínimo formal y material (información disponible, intervención necesaria del órgano de representación, mecanismos para la protección de los socios y terceros, etc..) que si bien no está previsto expresamente por el legislador comunitario, en parte por

---

incorporación de la Décima Directiva de Sociedades (2005) a nuestro Ordenamiento, cuyo régimen jurídico se inspiró precisamente en la SE-fusión.

<sup>694</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., *“La constitución de la Sociedad Anónima ...”*, ob. cit., pág. 463, en el mismo sentido y citado por la autora, TEICHMANN, CH., *“Die Einführung der Europäische Aktiengesellschaft. Grundlagen der Ergänzung des europäischen Status durch den deutschen Gesetzgeber”*, ZGR, 2002, pág. 383.

la deficiente y compleja técnica legislativa empleada, no es óbice para su no implementación aunque sea por la vía de la interpretación por analogía.

A continuación trataremos por separado cada una de las fases del procedimiento de constitución de una SE, deteniéndonos en la documentación y elementos fundamentales de cada una de ellas, que nos permitan determinar las características propias, las comunes y las esenciales en cualquier proceso de constitución de una SE.

## II. FASE PREPARATORIA DEL PROCESO CONSTITUYENTE DE LA SE.

El proceso de constitución de cualquier SE se inicia con una serie de trámites desarrollados conjunta o individualmente por cada una de las entidades/sociedades promotoras o fundadoras. La fase legal de preparación<sup>695</sup>, concebida como una unidad, incluye la elaboración de una serie de documentos y la realización de trámites legales necesarios para su plena efectividad que corren a cargo de los órganos de administración o dirección de las sociedades o entidades

---

<sup>695</sup> Con carácter previo al inicio de la fase legalmente tipificada como preparatoria, son posibles negociaciones de diversa índole llevadas a cabo por los órganos de administración de las entidades participantes, como puedan ser las “*Due dilligence*”: proceso de investigación necesario antes de contraer o llevar a cabo cualquier tipo de compromiso o inversión financiera. Vid. HALLET CHARRO, R., “*Due Diligence*”, AAVV. Dir. ÁLVAREZ ARJONA, J.M. Y CARRASCO PERERA, A., *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Cizur Menor, Gómez Acebo y Pombo-Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 146; VICENT CHULIÁ, F. “*Lección 4ª. La empresa y el establecimiento. Inversiones Extranjeras*”, *Introducción al ...*, ob.cit., págs. 219-236, disponible en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com) (ref. TOL1.020.987 epígrafe: Actividades de representación contable y valoración de la empresa). También las “*cartas de intenciones*”, conocidas como “*Letter of Intent*”, “*Heads of Agreement*”, “*Memorandum of Understanding*” o “*Accord de principe*”, que son verdaderos contratos preparatorios definidas como “*el documento unilateral o bilateral en el que una o ambas partes de una negociación (i) declaran su compromiso/intención/deseo/ oferta de comenzar o continuar una negociación que acabe con un acuerdo definitivo de compra (u otra operación proyectada); (ii) fijan los eventuales pactos alcanzados hasta ahora, y establecen que la negociación futura deberá partir de los mismos; (iii) delimitan el conjunto de los puntos sobre los que se deberá alcanzar un acuerdo satisfactorio y, en su caso, adelantan una cifra aproximativa del precio a pagar por las acciones o los activos, y (iv) establecen reglas obligatorias de carácter temporal con objeto de ordenar el proceso de negociación futura*”. Vid. CARRASCO PEREA, A., “*Las cartas de Intenciones*”, AAVV. Dir. ÁLVAREZ ARJONA, J.M. / CARRASCO PEREA, A., *Fusiones y Adquisiciones ...*, ob. cit., págs. 88 y ss.

legitimadas<sup>696</sup> para promover la constitución de la SE. Los documentos esenciales de esta fase son el proyecto de constitución y los informes legalmente previstos y la documentación contable en su caso, que acompañan necesariamente al proyecto, conformando todos ellos un conjunto documental unitario e indivisible, que será objeto de una publicidad formal a partir de su depósito en el Registro correspondiente.

La fase preparatoria concluye cuando las sociedades participantes realizan los trámites y actos legalmente previstos y necesarios para el inicio de la fase decisoria siguiente, esto es, concluye con la convocatoria de la Junta general de los socios o el órgano deliberante correspondiente que decida sobre la operación. La “*etapa preparatoria*”<sup>697</sup> es la determinante del buen fin de la operación, y por ello es objeto de desarrollo en varios preceptos del RESE concretamente en los artículos 20, 32 y 37 de este cuerpo legal y en sus correspondientes a nivel nacional.

#### **A. El proyecto de constitución de una SE: naturaleza jurídica, funciones y contenido.**

El proyecto de constitución de una SE es el documento formal propio de la fase de preparación sujeto a un contenido legalmente establecido según la modalidad de fundación elegida, que en todo caso, proporciona la información más relevante de la reestructuración empresarial y nueva SE proyectada, así como las condiciones técnico-jurídicas y económicas necesarias para la efectividad de su constitución. El RESE prevé la publicidad formal de parte de la información del proyecto completo de constitución (Arts. 21, 32.3 y 37.5 RESE), y será éste proyecto el que posteriormente se someta a su aprobación por parte de las juntas generales de las entidades promotoras de la constitución de la SE (Arts. 23, 32.6 y 37.7 RESE).

Por su funcionalidad y caracterización jurídica, el proyecto de constitución se presenta como un elemento decisivo del proceso constituyente de la SE, caracterizado por las siguientes notas:

---

<sup>696</sup> Limitaciones de acceso de carácter subjetivo según la modalidad de constitución (Art.2 RESE), a los que se añade, en el supuesto de constitución de una SE-fusión, la cláusula de salvaguardia del interés público (Art. 19 RESE).

<sup>697</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La constitución ...”, ob. cit., pág. 123.



i) Se trata de un *conjunto documental unitario e indivisible*.

En la acepción de proyecto de constitución de una SE<sup>698</sup>, se distingue entre el proyecto de constitución *básico*, referido estrictamente al documento cuyo contenido formal viene fijado por el RESE, y el proyecto de constitución *completo* referido al proyecto básico y restantes *documentos complementarios* legalmente previsto, esto es, los informes de expertos independientes (Arts. 22. 32.4 y 37.6 RESE) e informes de administradores de cada una de las sociedades promotoras (Arts. 32.2 y 37.4 RESE). El proyecto de constitución general es un conjunto documental único e indivisible que aporta la información necesaria a los socios que reunidos en junta general deciden sobre la operación.

ii) El proyecto se *elabora por los administradores u órgano de dirección de las sociedades o entidades promotoras*.

La responsabilidad en la elaboración del proyecto de constitución le corresponde a los administradores u órgano de dirección (Arts. 20. 1, 32.2 y 37.4 RESE) de las sociedades promotoras, quienes, en todo caso, deben no sólo redactarlo sino también suscribirlo. Esta exigencia viene impuesta, para los supuestos de constitución por fusión, por remisión del Art. 18 RESE a la ley personal española (Art. 30 LME, antes Art. 234.1 LSA) que exige a los administradores redactar y suscribir el proyecto de fusión, y si falta la firma de alguno de ellos se señalará al final del proyecto la causa. Esta obligación formal de firma por parte de todos los administradores y la obligación de abstenerse de realizar cualquier clase de acto o concluir cualquier contrato que pueda comprometer la aprobación del proyecto (Art. 30.2 LME<sup>699</sup>), se exige a todo proyecto de constitución de SE en cualquiera de sus modalidades<sup>700</sup>.

---

<sup>698</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., "El proyecto de escisión de Sociedades Anónimas", AAVV, *Derecho de Sociedades*. ..., ob. cit., págs. 4882- 4888.

<sup>699</sup> Vid. como una primera aproximación, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., IGLESIAS PRADA, J.L., "Fusión y escisión de sociedades", AAVV., Dir. URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho mercantil, I*,...,ob.cit., pág. 1396 1397; ALONSO ESPINOSA, F.J./LÁZARO SÁNCHEZ, E., "Fusión y escisión de sociedades", AAVV., Dir. ALONSO ESPINOSA, F.J., *Curso fundamental de Derecho mercantil* ..., ob.cit., págs. 658 - 659.

<sup>700</sup> La modalidad de constitución de SE-fusión, además de modalidad originaria, es la más elaborada tanto en el RESE como en el derecho derivado y nacional, lo que ha influido de manera decisiva para considerarla por la doctrina (y querido por legislador

iii) El proyecto un instrumento *con función de control e información*.

El proyecto de constitución cumple con la función principal de fortalecer el derecho de información de los socios, necesario para tomar una decisión fundada en la fase siguiente, y se reconoce también a los acreedores y trabajadores de las empresas implicadas<sup>701</sup>. El proyecto proporciona una información verificada sobre la operación proyectada a cualesquiera interesados, que tendrán acceso a la misma por los cauces legalmente previstos (depósito del proyecto en el Registro mercantil, Art. 314.1 LSA y Arts 21, 32.3 y 37.5 RESE-). El derecho de información en la constitución de una SE tiene el mismo que el reconocido por la doctrina en las operaciones de fusión o escisión de sociedades nacionales, esto es, se convierte en *“la piedra angular”* o la *“clave de bóveda”* de la regularidad de la operación proyectada<sup>702</sup>. Se trata de una información imperativa, especial, reforzada y objetivada como técnica de tutela de los accionistas<sup>703</sup>, que se articula como régimen jurídico

---

europeo, cfr. Art. 32.2 RESE que reenvía al Art. 20.1 RESE) como modalidad de referencia y modelo de las restantes modalidades. Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución de una ...”, ob. cit., págs 211-212; ALONSO LEDESMA, C., “La constitución ...”, ob. cit., pág. 392; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Reglamento de la Sociedad Europea ...”, ob. cit., págs. 26-28; BOQUERA MATARREDONA, J., “La transformación de la Sociedad Anónima española en Sociedad Anónima Europea y viceversa”, AAVV. Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob. cit., pág. 237: “... La solución más adecuada será aplicar -para los supuestos de transformación-, hasta donde se posible, el contenido del proyecto de fusión regulado por el Reglamento (pues la fusión es una forma de constitución de la SE) y completarlo con lo dispuesto en la LSA sobre el proyecto de fusión. Dichas normas son formal y materialmente las más próximas al proyecto de transformación de la sociedad anónima en SE”.

<sup>701</sup> Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., “Fusión (artículos 233 a 251)”, AAVV. Dir. SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo VII, Transformación, Fusión y Escisión*, Madrid, Edersa, 1993, pág. 170. El derecho de información en el proyecto de fusión, sale del ámbito estrictamente societario para llegar al ámbito de la empresa, dando cabida para su ejercicio a otros sujetos, obligacionistas, titulares de derechos especiales e incluso los representantes de los trabajadores.

<sup>702</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “Comentario al artículo 238 LSA: “información a los accionistas sobre la fusión”, AAVV., Coord. ARROYO, I./ EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Vol. III*, Madrid, Tecnos, 2001, pág. 2269; ALONSO ESPINOSA, F.J., “El proyecto de escisión ...”, ob. cit., pág. 4883; SEQUIERA MARTÍN, A., “Fusión ...”, AAVV. *Comentarios a ...*, ob. cit., pág. 169.

<sup>703</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., “El proyecto ...”, ob. cit., pág. 4885. La caracterización de esta información como imperativa responde a la obligación impuesta a los órganos de administración de cada una de las sociedades participantes de informar a los socios y demás interesados, sobre aspectos considerados objetivamente como esenciales a sus

especial del derecho de información de los socios en las operaciones de modificación estructural de sociedades.

EL proyecto de constitución cumple la función de control preventivo de legalidad, tanto en la fase de preparación (el contenido del proyecto está fijado legalmente), como en la fase decisoria del proceso constitutivo. En esta última fase, el proyecto proporciona seguridad jurídica pues su contenido no puede ser alterado por los órganos deliberantes de las entidades que participen en la operación societaria, que *“deberán aprobar el proyecto”* (Art. 23.1, 32.6 y 37. 7 RESE) en los términos en los que haya sido presentado, y por tanto sin modificaciones, además, el Art. 26.3 RESE, establece que *“La autoridad a que se refiere el apartado 1 controlará en particular que las sociedades que se fusionen hayan aprobado un proyecto de fusión en los mismos términos ...”*, autoridad que velará por la unidad y uniformidad del proyecto en todas las sociedades. La propuesta es aprobada o rechazada en bloque, no caben las rectificaciones sustanciales durante las deliberaciones de la Junta general de alguna de las sociedades participantes, ya que harían en parte inservibles los informes de expertos y administradores sobre la concreta operación proyectada inicialmente, además de las consecuencias que puedan derivarse para el resto de las sociedades participantes que deliberarían sobre proyectos diferentes. La unidad del proyecto y de la información transmitida es fundamental para la transparencia de la operación y debe mantenerse hasta la fase decisoria<sup>704</sup>.

---

intereses; información que debe ser difundida con carácter previo al posible acuerdo y de conformidad con las circunstancias temporales y formales legalmente impuestas; es una información objetivada ajustada al contenido mínimo regulado; es información que puede ser constitutiva de la validez y eficacia de los posibles acuerdos sociales, pues las irregularidades relevantes pueden fundar la nulidad de los acuerdos; es una información que integra el contenido de las obligaciones de los administradores de las sociedades participantes en la fase de ejecución de la operación en caso de resultar aprobada; y es una información objetivamente controlada en sus aspectos formales y materiales por virtud de la intervención del Registrador mercantil y de los expertos independientes.

<sup>704</sup> Vid. LARGO GIL, R., *“La constitución ...”* ob. cit., págs. 146-148. en contra admite la libertad de las juntas de socios para modificar algún extremo de las condiciones propuestas en proyecto sometido a liberación de la Junta, siempre que *“...todas las sociedades implicadas aprueben llevarlo a cabo en los mismos términos.( ...) no puede entenderse que las juntas no puedan separarse del proyecto que se les somete, de modo que únicamente estén en condiciones de asumirlo o rechazarlo en bloque. En definitiva estimamos que las juntas de las*

Por otro lado, el proyecto de constitución de una SE con carácter general e independientemente de la modalidad de constitución, aunque no lo diga expresamente el RESE, deberá ser redactado en cada una de las lenguas oficiales de las sociedades promotoras (pudiendo realizarse también en una “lengua de comunicación accesible” y común como pueda ser el inglés<sup>705</sup>), y deberá ser común<sup>706</sup> para todas las sociedades o entidades involucradas en la operación.

El RESE alude expresamente al proyecto de constitución únicamente en las modalidades de constitución por fusión, de holding y de transformación de SA (Arts. 20, 32.2 y 37.4 RESE respectivamente), no obstante, entendemos que éste es un documento imprescindible para la transparencia de la operación y la protección de los derechos de sus grupos de interés (socios, terceros y trabajadores de las entidades implicadas), por lo que su exigencia debe hacerse extensible a la modalidad de constitución mediante SE filial<sup>707</sup>, pues

---

*sociedades interesadas están facultadas para introducir algunas variaciones, ( ...) que puede ser incluso necesaria para afrontar factores diversos ...*”. Por nuestra parte entendemos, que las posibles variaciones propuestas por los socios se deberían realizar e incorporar al proyecto definitivo, durante el plazo establecido desde la publicación del proyecto hasta la fecha de convocatoria definitiva de la Junta deliberante, pues de otra manera, no se tendría nunca certeza sobre los extremos objeto de deliberación.

<sup>705</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea ...”, ob.cit., págs. 211-212; ALONSO LEDESMA, C., “La constitución de la Sociedad anónima ...”, ob. cit., pág. 429 nota núm. 94; LARGO GIL, R., “La constitución ...”, ob.cit., págs.123-125.

<sup>706</sup> Vid. FAJARDO GARCÍA, G., “Constitución por fusión ...”, ob. cit., pág.149; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El reglamento de la Sociedad europea ...”, ob. cit., pág. 23; ALONSO LEDESMA, C., “La constitución de la Sociedad ...”, ob. cit., pág. 439. En contra de la postura mayoritaria de un único proyecto de fusión y dejando entrever que cada una de las sociedades debe elaborar al menos su proyecto de fusión, FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, I., “El futuro del Derecho Sociedades en Europa ...”, ob. cit., pág. 4. Con la actual redacción del Art. 30 LME “sobre el proyecto común de fusión: 1.Los administradores de cada una de las sociedades que participen en la fusión habrán de redactar y suscribir un proyecto común de fusión.( ...)”, no cabe plantearse la alternativa de redacciones individualizadas de proyectos de fusión por cada sociedad que participe en la operación.

<sup>707</sup> Se suprime el requisito del proyecto de constitución en los supuestos de constitución de una SE filial común, en la propuesta modificada de Reglamento (CEE) de 1991 (COM (91) 174, def. – syn 218, publicado DOCE C 176/01, de 8.07.1991). En las propuesta anterior se encontraba regulado en el Art. 34 de la sección cuarta, “constitución de una filial común”, en el que se establecía para esta modalidad de constitución de SE, que el órgano de dirección o de administración de cada una de las sociedades fundadoras redactarán un proyecto de constitución de filial común en el cuál debe figurar: a) el tipo, la

independientemente de la concreta modalidad de constitución, se debe garantizar la formación de la voluntad negocial de las sociedades con dimensión europea implicadas – elemento extranjero-, que técnicamente se alcanza a través de un procedimiento plurifásico característico de las modificaciones estructurales. El proyecto de constitución de la SE desde el punto de vista funcional y estructural, se puede calificar como “proyecto de reestructuración societaria supranacional<sup>708</sup>”.

a) *Contenido legal del proyecto de constitución en las distintas modalidades de constitución de una SE.*

El contenido legalmente previsto por el RESE para el proyecto de constitución no es el mismo en todas las modalidades de constitución, si bien, el contenido del proyecto de la SE- fusión se establece como referente para el resto de modalidades de constitución (SE- holding y transformación de SA en SE).

En la modalidad SE-fusión, el proyecto de constitución es el *proyecto de fusión*, que contiene los siguientes extremos (Art. 20 RESE):

a) La denominación y domicilio social de las sociedades que se fusionan<sup>709</sup> y los previstos para la SE proyectada;

b) La relación de canje de las acciones e importe de la compensación económica en su caso;

c) Las formas de entrega de las acciones de la SE;

d) La fecha a partir de la cual las acciones de la SE darán derecho a participar en los beneficios y las condiciones especiales que afecten a este derecho;

e) La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, realizadas por la SE;

---

denominación y la sede social de las sociedades fundadoras; b) el montante de la participación de la sociedades fundadoras de la SE, c) la justificación económica de la constitución.

<sup>708</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La constitución de la sociedad ...”, ob. cit., pág. 123, lo define como “*proyecto de reestructuración de sociedades*”.

<sup>709</sup> Para los supuestos de sociedades sujetas a la ley personal española, se completa este requisito con “los datos identificadores de la inscripción de aquéllas en el Registro Mercantil” (Art. 31. 1ª LME).

f) Los derechos que garantiza la SE a los accionistas que tuviesen derechos especiales y a los portadores de títulos distintos de las acciones, o las medidas propuestas respecto a ellos;

g) Todas las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudien el proyecto de fusión así como a los miembros de los órganos de administración, de dirección, de vigilancia o de control de las sociedades que se fusionen;

h) Los estatutos de la SE (en los supuestos de fusión por absorción, será la modificación de los estatutos de la sociedad absorbente);

i) La información sobre los procedimientos de implicación de los trabajadores de conformidad con la DITSE<sup>710</sup>.

El contenido del proyecto de SE-fusión puede ser ampliado con otros elementos que incorporen las sociedades que se fusionen (Art. 20.2 RESE)<sup>711</sup>.

En el supuesto de constitución de una SE-holding, el contenido mínimo del proyecto (32.2 RESE) se regula por remisión al contenido del proyecto de fusión, a los apartados a), b), c), f), g), h) e i) del Art. 20.1 RESE, al que se añade el elemento específico de la SE-holding relativo a: *“el porcentaje mínimo de las acciones o participaciones de cada una de las sociedades promotoras que deberán aportar los accionistas para la constitución de la SE. Este porcentaje mínimo de acciones deberá ser en todo caso, superior al 50% de los derechos de voto permanentes”*.

En la modalidad de constitución de SE por transformación de SA, el *proyecto de transformación* (Art.37.4 RESE) se elabora por los administradores, pero el RESE no especifica su contenido mínimo; no obstante, tomando como referencia el proyecto de fusión del Art. 20.1 RESE, los elementos mínimos del proyecto de

---

<sup>710</sup> Los extremos relativos al contenido de los Estatutos y la implicación de los trabajadores, constituyen una novedad del Art.20.1 RESE respecto del contenido mínimo fijado por Art. 5.2 de la Tercera Directiva para el proyecto de fusión.

<sup>711</sup> Ésta previsión constituye otra diferencia entre la Tercera Directiva y el RESE; en la primera se reconoce a los Estados miembros la posibilidad de introducir nuevos elementos en el contenido del proyecto, mientras que el Art. 20.2 RESE solo reconoce esta posibilidad a las sociedades participantes, vedando así esta posibilidad a los Estados miembros. Vid. FAJARDO GARCÍA, G., “Constitución por fusión de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, AAVV, Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima ...*, ob. cit., pág. 149

transformación se relacionan con<sup>712</sup>: a) la denominación, domicilio y datos registrales de la SA que se transforme en SE; b) la relación de canje de las acciones de la SA española por la SE y si fuera necesario la compensación económica que debieran recibir los accionistas; c) la forma en la que se debe realizar la entrega de las acciones o las anotaciones en cuenta de la SE; d) la garantía de los derechos especiales de los accionistas; e) las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudian el proyecto de transformación y de los miembros de los órganos de administración; f) los estatutos de la SE y, g) la información sobre la implicación de los trabajadores. El RESE establece para los administradores la obligación de explicar y justificar los aspectos jurídicos y económicos de la transformación, indicando las consecuencias que para accionistas y trabajadores la adopción de la forma de la SE supone.

En los supuestos de constitución de una *SE-filial*, la remisión directa del Art. 36 RESE a las disposiciones nacionales que regulen su participación en la constitución de una filial en forma de SA, supone en el caso español, aplicar las normas de la segregación (Art. 71 LME) vinculadas indirectamente, por remisión del régimen jurídico de la escisión, a las disposiciones de la SE-fusión (Art. 73 y Art.27 LME). Si bien, en la materia que nos ocupa, el contenido del proyecto de constitución de la SE-filial, en una interpretación sistemática y funcional del RESE, aconsejan en primer lugar, acudir a las disposiciones de éste, en concreto a las previstas para constitución de una SE-holding, *mutatis mutandi* las especificaciones propias de cada modalidad. En el supuesto de SE-filial, los socios a nivel individual de las entidades promotoras no intervienen en la relación de canje y no se establece un porcentaje mínimo de participación como en el caso de la SE-holding, por el contrario, se trata de una relación exclusiva entre sociedades, las sociedades o entidades promotoras reciben a cambio de la cesión de una parte de su patrimonio las acciones de la SE.

Por último, el contenido del proyecto de constitución de una SE en cualquiera de sus modalidades (fusión, holding, filial o transformación), puede incluir los extremos que las sociedades o entidades promotoras estimen

---

<sup>712</sup> Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., "La transformación ...", ob. cit., pág. 237.

pertinentes<sup>713</sup>, por analogía con lo dispuesto en el Art. 20.2 RESE para el proyecto de fusión, procedimiento referente y base para el resto de las modalidades.

*b) Contenido mínimo esencial de cualquier proyecto de constitución de una SE. Referencia especial al proyecto de constitución de una SE filial.*

En este apartado se valoran los contenidos del proyecto que se consideran esenciales y comunes a cualquier modalidad; todas aquellas menciones imprescindibles para la efectividad de la operación de constitución de una SE y que adquiere especial relevancia en las modalidades de SE-filial y transformación que carecen de regulación expresa en el RESE y en la norma de desarrollo nacional.

El RESE regula expresamente el contenido del proyecto de constitución de SE-fusión, y por remisión a éste, el proyecto de SE-holding salvo sus particularidades. Partiendo de esta premisa y del Art. 20.1 RESE, una clasificación de los contenidos de un proyecto de constitución de una SE<sup>714</sup> diferenciaría entre:

- i) Un contenido legal mínimo y común para cualquier modalidad de la SE;
- ii) Un contenido legal necesario específico de cada modalidad constitutiva de SE; y
- iii) Un contenido contingencial y/o facultativo del proyecto de constitución de SE.

En el primer apartado, menciones del proyecto de constitución de SE legalmente necesarias y comunes a cualquier modalidad de constitución, se incluirían aquellas que nos permiten identificar el tipo de operación pretendida (constitución de una SE), las partes que intervienen en la operación y los requisitos jurídicos y económicos necesarios para su formalización. En este sentido, el contenido legal mínimo del cualquier proyecto de constitución de SE supone:

---

<sup>713</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., "La constitución de la Sociedad ...", ob. cit., pág. 212; y en el mismo sentido, ALONSO LEDESMA, C., "La constitución de la Sociedad ...", ob. cit., pág. 430.

<sup>714</sup> Vid. LARGO GIL, R., "Constitución ...", ob. cit., págs. 124 y ss, Los artículos 20.1, 32.2 y 37.4 RESE conforman las "menciones comunes" y contenido mínimo del proyecto en todos los supuestos de constitución de una SE; y en el mismo sentido, AGUILÓ PIÑA, J.F., "La Sociedad Anónima europea ...", ob. cit., pág. 1849



1. La *identificación de las sociedades o entidades jurídicas que intervienen en la operación*, con indicación de su denominación y domicilio social (cfr. Art. 20.1 a) RESE). La identificación de las personas jurídicas se hará de conformidad con la legislación de cada Estado miembro, y en el caso español, mediante sus datos registrales (Art. 38 RRM).

2. La *denominación y domicilio social previsto para la SE* (Art. 20.1 in fine RESE). Dato esencial que permite conocer la normativa aplicable a la SE en funcionamiento<sup>715</sup>.

3. Las *condiciones económicas para la realización de la operación*, esto es, la relación de canje de las acciones o participaciones y en su caso, el importe de la compensación económica (Art. 20.1 b) RESE). La relación de canje<sup>716</sup> es el elemento técnico típico de las modificaciones estructurales como la fusión o la escisión de sociedades, mediante el cual se atribuye a los socios de las sociedades intervinientes las acciones de la nueva SE. La relación de canje permite establecer el criterio de reparto del capital social de la SE entre los socios de las sociedades promotoras. En el supuesto de creación de una SE-filial, la especificidad propia de la institución de referencia de la segregación establece que, el reparto de las acciones de la SE-filial se realice entre sus sociedades/entidades promotoras/dominantes, sin intervención directa de los socios a título individual<sup>717</sup>. En todo caso, el proyecto de constitución de una SE-filial, aunque

---

<sup>715</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., "La constitución de la Sociedad ...", ob. cit., pág. 431.

<sup>716</sup> Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A "La constitución mediante fusión ...", ob. cit., pág.341; ALONSO LEDESMA, C., "Constitución de la Sociedad ...", ob. cit., págs. 431-434; EMBID IRUJO, J.M., "La constitución de la Sociedad...", ob. cit., págs. 213-214; FAJARDO GARCÍA, I.G., "Constitución por fusión ...", ob. cit., pág. 150; BOQUERA MATARREDONA, J., "La transformación ...", ob. cit. págs. 236-238; SÁNCHEZ RUS, H., "Constitución de la SE por transformación ..", ob. cit., págs. 501, justifica la existencia de una relación de canje en las operaciones de transformación, porque la transformación determina "la amortización de las acciones de la antigua sociedad anónima y su sustitución por las de la SE que se constituye". En relación a la importancia del tipo de canje en las operaciones de reestructuración empresarial, vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., "El proyecto de escisión ...", ob. cit., págs. 4984-4909:

<sup>717</sup> En este sentido, si acudieramos directamente a las normas nacionales de la segregación, sin el filtro del SE-holding como operación análoga a la SE-filial, el Art. 74.2º in fine LME, establece en relación al contenido del proyecto de escisión: "...2º. El reparto entre los socios de la sociedad escindida de las acciones, participaciones o cuotas que le

técnicamente no sea precisa una relación de canje *strictu sensu* entre socios, debe mencionar las condiciones económicas mínimas de la operación que garanticen que las aportaciones patrimoniales (elementos de activo y pasivo) de las entidades promotoras son suficientes para alcanzar la cifra del capital social mínimo de 120.000 Euros de la SE, y qué porcentaje suponen en el capital social de la SE para atribuir las acciones que correspondan.

4. Las *formas de entrega de las acciones de la futura SE* (Art. 20.1, d) RESE), que en todo caso estará condicionada por el soporte en el que estén representadas las acciones: títulos o anotaciones en cuenta (Art. 5 RESE en relación con el Art. 51 LSA).

5. Los *estatutos de la futura SE*<sup>718</sup> (Art. 20.1 h) RESE). La inclusión de los Estatutos sociales de la SE beneficia el derecho de información de los socios futuros que conocen la organización interna prevista y contribuye a la formación de una decisión fundada. La inclusión de los Estatutos sociales en el proyecto de constitución de una SE es congruente con el resto de previsiones del RESE que así lo exige en los supuestos del proyecto de traslado del domicilio social de la SE a otro Estado miembro (Art. 8.2 b) RESE) y justificado por el cambio de *lex societatis* que experimenta la operación de traslado transfronterizo del domicilio social (el legislador nacional asimila, en la LME, el *traslado del domicilio social al extranjero* a las operaciones de modificaciones estructurales de sociedades y entre las

---

*correspondan en el capital de las sociedades beneficiarias, así como el criterio en que se funda ese reparto. No procederá esta mención en los casos de segregación*", dando a entender que en los supuestos de segregación únicamente la sociedad segregada recibe las acciones, participaciones o cuotas de las sociedad/es beneficiaria/s, supuesto que no se corresponde con la operación de la SE-filial común, que exige la participación de dos o más entidades/sociedades promotoras ("segregadas") con elementos extranjero. En cualquier caso, como advierte RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "Comentario al Proyecto ...", ob.cit., pág. 68, la consideración de la segregación como modalidad de escisión es muy positiva, pero sería preciso "aclarar con más precisión su régimen legal, ..., ya que las diferencias que existen entre estas operaciones pueden dificultar esa aplicación".

<sup>718</sup> Vid. FAJARDO GARCÍA, I. G., "Constitución por fusión ...", ob. cit., pág. 151. La Ley 3/2009, incorpora como contenido mínimo del proyecto de fusión de las sociedades mercantiles "los estatutos de la sociedad resultante de la fusión" (Art. 31. 8º LME), generalizándose así el régimen de la figura de la fusión al introducir aspectos que provienen de la Décima Directiva relativa a las fusiones transfronterizas. Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., "Comentario al proyecto ...", ob. cit., pág. 37.

menciones del proyecto de traslado se incluyen también los Estatutos sociales – Art. 95.1, 3ª LME-).

6. La *información sobre la implicación de los trabajadores* de conformidad con la DITSE. El proyecto de constitución informa sobre “los procedimientos de negociación”<sup>719</sup> previstos en la Directiva, pero no exige información sobre la “modalidad concreta de implicación” de la futura SE, que depende del acuerdo alcanzado en la Comisión negociadora sobre la materia. Se trata de facilitar información adecuada sobre los procedimientos de negociación y posibles alternativas o soluciones que se puedan dar, para ser concretadas posteriormente con los representantes de los trabajadores en los términos establecidos por la DITSE.

El contenido legal necesario del proyecto de constitución para cada modalidad concreta lo integran todas aquellas menciones específicas previstas por el RESE y necesarias para configurar y diferenciar entre sí cada una de las modalidades (fusión, holding, filial o transformación), en concreto:

-En los supuestos de SE-fusión, el RESE establece como contenido del proyecto ciertos elementos tipificadores de la operación:

i) La fecha a partir de la cual las acciones darán derecho a la participar en los beneficios, así como toda condición especial que afecte a este derecho (Art. 20.1 d) RESE).

ii) La fecha a partir de la cual las operaciones de las sociedades que se fusionen se considerarán, desde el punto de vista contable, como realizadas por la SE (Art. 20. 1 e) RESE).

- En los supuestos de constitución de una SE holding<sup>720</sup>, la particularidad que diferencia a esta modalidad del resto, es precisamente el carácter de holding de la SE como sociedad dominante, para lo que se exige, que:

---

<sup>719</sup> Vid. SEQUEIRA MARTÍN, A., “La constitución mediante ...”, ob. cit., págs. 377 - 380; ALONSO LEDESMA, C., “La constitución de la Sociedad ...”, ob. cit., págs. 435 y 450 - 453.

<sup>720</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La constitución ...”, ob. cit., págs. 437 - 438.

i) El porcentaje mínimo de las acciones o participaciones de las sociedades promotoras que deben aportar los socios para constituir la SE, siempre que dicho porcentaje sea superior al 50% de los derechos de voto permanente (Art. 32.2 *in fine* RESE). Esta referencia, sin ser del todo *nítida*<sup>721</sup>, excluye las acciones o participaciones sin derecho de voto (Art. 90 LSA y Art. 42 bis LSRL), pero también afecta, en una interpretación estricta, a los socios incurso en mora por los dividendos pasivos (Art. 44.1 LSA) y a los supuestos de acciones o participaciones en cartera desprovistas del derecho de voto *ex lege* (Art. 79. 1 LSA y 40 bis LSRL).

- En el supuesto de constitución de una SE-filial como instrumento de cooperación empresarial (SE-filial común), esto es, “sociedad común dependiente”, “Corporate joint-venture” o “grupo de coordinación o grupo horizontal”, el proyecto de constitución puede incluir todas aquellas menciones que no consten en los Estatutos sociales de la SE-filial, pero que personifiquen la alianza empresarial, garanticen su buen funcionamiento y proporcione información relevante a los socios para tomar una decisión fundada, como puedan ser menciones relativas a:

- i) El contrato la colaboración entre las empresas promotoras
- ii) El reparto entre los socios del control conjunto de la administración y gestión social.
- iii) Mecanismos de resolución de controversias y bloqueos de los órganos de decisión
- iv) Mecanismos para la protección de los intereses patrimoniales en casos de extinción de la alianza empresarial
- v) Las garantías para el cumplimiento del contrato de colaboración/unión.

El contenido contingencial<sup>722</sup> y/o facultativo del proyecto de constitución de una SE son aquellas menciones que sin ser estrictamente necesarias para la realización de la operación, se refieren a aspectos contingenciales que pueden no darse, pero que en el caso de existir, deben constar su mención expresamente en el proyecto, como ocurre con las menciones relativas a:

---

<sup>721</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución ...”, ob. cit., pág. 215.

<sup>722</sup> Vid. LARGO GIL, R., “Constitución ...”, ob. cit., pág. 133.

i) La garantía de los derechos especiales de los accionistas (Art. 20.1 f) RESE y Art. 32. 2 RESE), como las ventajas de los fundadores y promotores, los bonos de disfrute, obligaciones convertibles en acciones y las *stocks options*, entre otras opciones de la práctica empresarial habitual<sup>723</sup>.

ii) Las ventajas particulares atribuidas a los peritos que estudian el proyecto de constitución y a los miembros de los órganos de administración (Arts. 20.1 g) y 32. 2 RESE). Estas ventajas tratan de compensar de alguna manera la particular dedicación de ciertas personas especialmente cualificadas en la preparación de la operación.

iii) Los extremos que libremente acuerden las partes implicadas, que normalmente serán fruto de las negociaciones previas realizadas antes de la redacción del proyecto de constitución de la SE, siempre que sean lícitas y no contravengan las especialidades tipológicas de la operación que se pretende.

#### **B. Los informes en el proyecto de constitución de la SE.**

El proyecto de constitución *completo* de la SE incluye ciertos documentos que acompañan y explican el contenido del proyecto *básico*, y son el informe de los administradores u órgano de dirección y el de los peritos independientes.

El régimen jurídico de estos informes de administradores y peritos independientes no es homogéneo, ni tiene el mismo alcance en las distintas modalidades de constitución; no obstante, las diferencias no son esencialmente significativas, entendiéndose que las disparidades del RESE son fruto de una imprecisa redacción y técnica jurídica empleada por el legislador comunitario en el RESE.

##### *a) El informe de los administradores o del órgano de dirección.*

El informe a cargo de los administradores o de los órganos de dirección de cada una de las sociedades participantes, al margen del análisis y valoración de su contenido – que excede el objeto de este estudio-, merece las siguientes consideraciones de carácter formal.

---

<sup>723</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución de la ...”, ob. cit., pág. 214.

En la modalidad de constitución de SE-fusión, sorprende que el RESE nada establezca sobre este informe de administradores<sup>724</sup>, sin que por ello debamos entender que este documento queda excluido de esta modalidad de constitución. La doctrina<sup>725</sup> defiende que el informe de los administradores en la constitución de una SE-fusión es una *exigencia inexcusable*, derivada de la aplicación de las legislaciones nacionales y del contenido de la Tercera Directiva, por remisión expresa del artículo 18 RESE<sup>726</sup>. En la legislación española, el Art. 33 LME (antes Art. 237 LSA) establece que “Los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores”. Por tanto, aún cuando el RESE no lo establezca expresamente, será exigible, en beneficio del derecho de información de socios y terceros, que los administradores de cada una de las sociedades participantes elaboren un informe sobre el proyecto de fusión relativo a los aspectos subjetivos, objetivos y funcionales de la operación proyectada, y donde la relación de canje se convierte en uno de los puntos esenciales del mismo<sup>727</sup>.

---

<sup>724</sup> A diferencia del contenido del Art. 20 de la Propuesta de Reglamento de 1989 y 1991, que en esta última versión establecía que: “Los órganos de dirección o de administración de cada una de las sociedades fundadoras elaborarán un informe escrito en el que explicarán y justificarán, desde el punto de vista jurídico y económico, el proyecto de fusión y, en particular, la relación de canje de las acciones. El informe indicará además cualquier dificultad especial de la valoración, si las hubiere”.

<sup>725</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La constitución de la ...”, ob. cit., pág. 138; AGUILÓ PIÑA, J.F., “La Sociedad anónima Europea ..”, ob. cit., pág. 1827; FAJARDO GARCÍA, I. G., “Constitución por fusión ...”, ob. cit., pág. 151.

<sup>726</sup> Basta recordar a este propósito, que el Art. 18 RESE en los supuestos de constitución de SE-fusión, en las materias no reguladas, parcialmente reguladas y aspectos no cubiertos en esa sección, se someterán a las disposiciones del Ordenamiento jurídico del Estado miembro de que dependa y que sean aplicables a las fusiones de sociedades anónimas de conformidad con la Directiva 78/855/CE. Vid. AGUILÓ PIÑA, J.F., “La sociedad anónima europea ...”, ob. cit., pág. 1827.

<sup>727</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La constitución ...”, ob. cit., pág. 138, advierte de la posibilidad contemplada en algunos Ordenamientos, como el alemán, de la elaboración de un informe conjunto por los administradores de todas las sociedades que participen en la

En relación con el procedimiento de constitución de una SE holding y en los supuestos de transformación de una SA en SE, el RESE si hace mención expresa al requisito del informe de los administradores, concretamente en los Arts.32.2 y 37.4 RESE respectivamente.

La redacción del Art. 32.2 RESE en los supuestos de SE-holding, puede parecer confusa al referirse a que *“Dicho proyecto incluirá un informe en el que se justifiquen y expliquen los aspectos jurídicos y económicos de la constitución y en el que se indiquen las consecuencias de la adopción de la SE para los accionistas y los trabajadores”*, pero el informe de los administradores debe entenderse como parte del proyecto de constitución en su sentido completo, no en su sentido básico<sup>728</sup>. Por su parte el artículo 37.4 RESE establece que *“El órgano de dirección o de administración de la sociedad de que se trate establecerá un proyecto de transformación y un informe en el que se explicarán y justificarán los aspectos jurídicos y económicos de la transformación y se indicarán las consecuencias que supondrán para los accionistas y para los trabajadores la adopción de la forma de SE”*<sup>729</sup>. La finalidad principal del informe de administradores es asegurar la adecuada formación de la voluntad social explicando las consecuencias jurídicas y económicas de la constitución de la SE para los accionistas y trabajadores.

---

fusión. Esta posibilidad de informe único se contempla en nuestra legislación respecto de los informes periciales sobre la fusión (Art. 34.1 LME).

<sup>728</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, M<sup>a</sup>.S., *El proceso de constitución de ...*, ob.cit., pág.191, para quién el informe de los administradores en la modalidad de SE-holding, al contrario que ocurre en sede de fusión o transformación, se integra en el propio contenido del proyecto, y esa falta de autonomía conlleva una consecuencia en cuanto a la publicidad de que sea objeto el mismo, ya que a diferencia del informe de fusión o de transformación que sólo tiene que estar a disposición de los afectados en la sede social, el proyecto de constitución de la SE-holding, que incluye el informe de los administradores, debe depositarse en el registro y publicarse en el BORME.

<sup>729</sup> En el mismo sentido se pronuncia el Art. 326 LSA, el único dedicado expresamente a esta modalidad de constitución, concretamente en su apartado primero: *“En el caso de constitución de una sociedad anónima europea mediante transformación de una sociedad anónima española, sus administradores redactarán un proyecto de transformación de acuerdo con lo previsto en el Reglamento (CE) n<sup>o</sup> 2157/2001 y un informe en el que se explicarán y justificarán los aspectos jurídicos y económicos de la transformación y se indicarán las consecuencias que supondrá para los accionistas y para los trabajadores la adopción de la forma de sociedad anónima europea. El proyecto de transformación será depositado en el Registro Mercantil y se publicará conforme a lo establecido en el artículos 323 de esta Ley”*.

A la vista de la redacción de estos preceptos del RESE y aportaciones de la doctrina<sup>730</sup>, sin entrar en un análisis detallado del exacto contenido del informe según la modalidad de constitución (relación de canje, aportaciones y compensaciones económicas, derechos de los socios, situación de los trabajadores en la nueva estructura societara), es innegable su exigencia como trámite o acto imprescindible del proceso constitutivo de la SE, incluida en la modalidad de constitución de SE-filial.

*b) Informe de peritos independientes.*

Además del informe elaborado por el órgano de administración de las sociedades, el proyecto de constitución de una SE, completa su función informativa con el segundo de los informes preceptivos a cargo de los peritos independientes. Las referencias legales al informe de estos peritos las encontramos en todas las modalidades de constitución, concretamente en el Art.22 RESE para los casos de fusión, Art. 32.4 RESE en la SE-holding y Art.37.6 RESE para los supuestos de transformación. Para establecer el régimen jurídico de este informe, el RESE se remite a lo establecido en el Art. 10 de la Directiva 78/855/CE, aunque con algunas matizaciones comprensibles por la fecha de redacción del RESE. En primer lugar, la Tercera Directiva prevía que cada una de las sociedades participantes tuviera su propio informe a cargo de uno o más peritos independientes que valorase el contenido del proyecto e informara sobre la adecuación de la relación de canje y las consecuencia para los accionistas. La novedad incorporada por el RESE hace referencia a la posibilidad - como alternativa a varios peritos que actúen por cuenta de cada una de las sociedades promotoras- de que el perito o peritos independientes sean designados por la autoridad judicial o administrativa del Estado miembro, a petición conjunta de todas las sociedades participantes, de tal manera, que los peritos redactarán un informe único destinado a la totalidad de los accionistas afectados por la constitución de la SE (cfr. Art. 22 RESE). El RESE se anticipa a lo previsto en la

---

<sup>730</sup> Vid. FAJARDO GARCÍA, I.G, "Constitución por fusión ...", ob. cit., págs.158-159; LARGO GIL, R., "La constitución ...", ob. cit., págs. 138-142; ALONSO LEDESMA, C., "La constitución ...", ob. cit., págs. 439-440; OPLUSTIL, K., "Selected problems ...", ob. cit., pág.111; AGUILÓ PIÑA, J.F., "La Sociedad anónima ...", ob. cit., págs. 1826 y ss; SAGASTI AURREKOETXEA, J.J., "La constitución ...", ob. cit., pág. 136.



última modificación de la Tercera Directiva de Sociedades, simplificando y reduciendo los costes de la operación de constitución de una SE<sup>731</sup>, pero además de esta posibilidad de informe único, la reforma de la Tercera Directiva también contempla (que ahora se adelanta al RESE) la posibilidad de renunciar al informe pericial sobre el proyecto de fusión siempre que así sea acordado por todos accionistas, socios o tenedores de títulos con derecho a voto de las sociedades participantes<sup>732</sup>.

La designación de los peritos independientes, en los supuestos en los que los accionistas no renuncien a ello, correrá a cargo de la autoridad judicial o administrativa del Estado miembro del que dependa alguna de las sociedades promotoras y en los supuestos de sociedades españolas, los Arts. 319, 324.2 y

---

<sup>731</sup> Vid. LARGO GIL, R., "La constitución ...", ob. cit., págs. 138-139; En legislaciones como la alemana, es posible prescindir de los informes en atención al tipo de empresas, o por renuncia de los socios.

<sup>732</sup> Vid. Directiva 2007/63/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 78/855/CE y 82/891/CEE del Consejo por lo que respecta al requisito de presentación de un informe de un perito independiente en caso de fusión o escisión de sociedades anónimas. (DOUE L nº 300, pág. 47 y 48, de 17 de noviembre de 2007). Esta Directiva formulada en el marco de la política comunitaria de mejora de la legislación (Programa Legislar mejor de la Unión Europea de 14 de noviembre de 2006 y Programa de Acción para la Reducción de las Cargas administrativas en la Unión Europea de 24 de enero de 2007), y para regularizar su contenido con lo previsto en la Directiva 2005/56/CE, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, que prevé una excepción a la obligación de que peritos independientes examinen los proyectos de fusión y redacten un informe al respecto destinado a los accionistas de las compañías implicadas en la fusión, si todos los accionistas coinciden en que dicho informe no es necesario. La nueva redacción del Art. 10 de la Directiva 78/855/CEE (entrada en vigor de estas disposiciones en los Estados miembros a más tardar el 31 de diciembre de 2008 – Art. 4 Directiva 2007/63/CE-), incluye un nuevo apartado 4 con el contenido siguiente: "No se requerirá un examen del proyecto de fusión ni un informe pericial si así lo acuerdan todos los accionistas y tenedores de títulos que confieran derecho a voto de cada una de las sociedades que participan en la fusión".

La Ley 3/2009, de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles al incorporar a la legislación española las Directiva 2005/56/CE sobre fusiones internacionales y Directiva 2007/63/CE, regula estas posibilidades en el Art. 34.1 y 5 LME.

326.2 RESE, la competencia se atribuye al Registrador mercantil, previa petición conjunta de las sociedades promotoras<sup>733</sup>.

En cuanto al contenido del informe de los peritos independientes versará sobre las dificultades especiales de valoración de las acciones, sobre la pertinencia de la relación de canje propuesta, así como sobre los métodos empleados para su determinación y si tales métodos son adecuados en el caso concreto de que se trate (Art. 32.5 RESE). El informe proporciona a los accionistas información sobre la legalidad y la oportunidad de la operación pretendida<sup>734</sup>. En los informes relativos a las operaciones de transformación de SA en SE, los peritos además deben pronunciarse sobre si la sociedad dispone de los activos netos suficientes, al menos, para la cubrir como mínimo el capital y reservas de la SE (Art.37.6 in fine RESE y 326.2 LSA), precisando además que en los supuestos de transformación basta con “*la certificación*”<sup>735</sup> de estos extremos por parte del perito para la validez del procedimiento.

Así pues, los dos informes (administradores y peritos independientes) están en principio llamados a complementar el proyecto de constitución básico en la función informadora que compete al proyecto en su conjunto. Entre los tres documentos se establece una relación de vinculación sucesiva entre sí, pero no vinculan a las sociedades, de modo que aunque contengan un juicio negativo sobre el proyecto de constitución de la SE, éste deberá ser sometido a los socios de las sociedades participantes que serán libres para dar su aprobación o nó al mismo, o en su caso, verán la posibilidad de introducir algunos cambios<sup>736</sup>.

*c) Información contable: el balance de constitución de la SE.*

Por último, otro de los documentos que en el marco del derecho de información de los socios y terceros contribuye a la formación de una decisión fundada sobre la operación proyectada es el balance contable.

---

<sup>733</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución de la Sociedad ...”, ob.cit., pág. 218, reconoce que “*el acuerdo de las sociedades promotoras en torno a la designación de uno o varios expertos para que emitan un informe común a todas ellas habrá de ser atendido por el Registrador mercantil a la hora de proceder a la designación*”.

<sup>734</sup> Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., “La transformación ...”, ob.cit., pág. 239.

<sup>735</sup> Vid. SÁNCHEZ RUS, H., “Constitución ...”, ob. cit., pág. 505

<sup>736</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La constitución ...”, ob. cit., pág. 142.

El Art. 11 de la Tercera Directiva y los Arts. 36, 37, 38 y 39.1.5<sup>o</sup> LME<sup>737</sup> se refieren al balance de fusión como el documento que debe estar a disposición de los socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores para su examen en el domicilio social como mínimo un mes antes de la Junta general. El RESE, por su parte, no contiene una referencia expresa al balance de fusión y tampoco menciona cualquier otro estado contable necesario en ninguna de las otras modalidades de constitución. Pese a la omisión del RESE, el balance de fusión, por remisión del Art. 18 RESE a las legislaciones nacionales, es un documento formalmente necesario en la constitución de una SE- fusión. Pero, ¿y en el resto de las modalidades es necesario un balance de constitución?. Sin entrar a valorar el alcance y naturaleza jurídica del contenido de este documento contable en las operaciones que nos ocupan, si que trataremos de valorar desde el punto de vista formal su exigibilidad o nó en el procedimiento de constitución de una SE como requisito imprescindible y común a todas la modalidades de constitución.

En los supuestos de transformación de una SA en SE, la doctrina se pronunciaba a favor de la no exigibilidad de los “balances de transformación”<sup>738</sup> y argumentaba su innecesariedad por no estar previsto en estas operaciones el derecho de separación de los accionistas disidentes, como única razón justificante de la existencia de un balance en las operaciones de reestructuración empresarial. No obstante, esta afirmación no parece suficientemente sólida y tras las últimas reformas en esta materia queda vacío de contenido, pues expresamente se reconoce el derecho de separación de los socios para los supuestos de transformación en el Art. 15 LME, además el Art.9.1 apartado 2 LME menciona expresamente el balance de la sociedad a transformar como documento disponible para los socios, que podrá pedir su entrega o envío gratuito, incluso

---

<sup>737</sup> El balance de fusión refleja la situación patrimonial de la sociedad con anterioridad y posterioridad a la fusión. El balance anual aprobado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la celebración de la junta que resuelva sobre la fusión, puede ser considerado balance de fusión, siempre que esté verificado por el auditor de la sociedad cuando exista obligación de auditar, para ser sometido a la aprobación de la junta que delibere sobre la fusión. La impugnación del balance de fusión no suspende, por sí sola, la ejecución de la fusión.

<sup>738</sup> Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., “La transformación de la ...”, ob. cit., pág. 240; SÁNCHEZ RUS, H., “Constitución ..”, ob. cit., págs. 506 - 507.

por medios electrónicos. En la modalidad de constitución de una SE por transformación de una SA nacional y por remisión del Art. 15 RESE, el balance de la sociedad a transformar será exigible cuando así lo establezca la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas y tal es el supuesto de nuestro Ordenamiento.

En cualquier caso, el balance es el documento contable que refleja la imagen fiel de la situación patrimonial de la empresa en un momento puntual, es un documento de información financiera y como tal debe considerarse; en ningún caso puede ser determinante de la realización o no de la operación societaria de reestructuración empresarial supranacional que supone la constitución de una SE, si bien es cierto, que desde el punto de vista económico y patrimonial de la SE proyectada, la información que aporte puede ser relevante para los socios. En nuestra opinión, el balance de constitución de la SE se considerará como elemento imprescindible en aquellas modalidades en las que expresamente esté previsto por la legislación nacional del Estado miembro implicado (fusión y transformación), pero en ningún caso puede considerarse como mínimo legal necesario para la efectividad de la operación de constitución de la SE. Queda en todo caso, al arbitrio de las sociedades promotoras (órgano de administración y en su caso, a petición de los socios) decidir si aportan o no el balance de constitución de la SE proyectada como un elemento adicional y complementario del derecho de información de socios y terceros, equiparándose de esta manera al régimen previsto para los informes de los peritos independientes de conformidad con las últimas reformas operadas en materia de simplificación legislativa comunitaria.

A modo de resumen, podemos concluir que el informe de los administradores o del órgano de dirección sobre el proyecto de constitución de una SE, es una exigencia legal inexcusable para cualquier modalidad de constitución de SE, en beneficio del derecho de información de los socios y trabajadores de las sociedades afectadas; mientras que los informes de peritos independientes y balance de constitución de la SE queda sometido a la autonomía de la voluntad de los socios que decidan sobre su incorporación o no al proyecto para reforzar su derecho de información y poder decidir sobre la operación proyectada en consecuencia.

### **C. Publicidad formal y convocatoria de las juntas generales u órgano deliberante correspondiente.**

Una vez elaborado el proyecto completo (básico e informes) de constitución de la SE y suscrito por los administradores u órgano de dirección de las sociedades/entidades promotoras, el siguiente paso es el depósito del mismo en el Registro correspondiente para proceder a la publicidad formal del hecho del depósito. El régimen jurídico de esta publicidad formal del proyecto de constitución de SE, se regula por el RESE en el supuesto de constitución mediante fusión en el Art. 21 RESE, detallando expresamente los extremos de la publicación en los términos siguientes:

- a) *“La forma, denominación y domicilio social de las sociedades que se fusionen*
- b) *El registro en el que se haya entregado los documentos a que se refiere el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 68/151/ CEE, para cada una de las sociedades que se fusionan, y el número de inscripción.*
- c) *Las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores de la sociedad de que se trate de conformidad con el artículo 24, así como la dirección donde puedan obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre dichas condiciones.*
- d) *Las condiciones de ejercicio de los derechos de los accionistas minoritarios de la sociedad de que se trate de conformidad con el artículo 24, así como la dirección donde pueda obtenerse, sin gastos, una información exhaustiva sobre dichas condiciones.*
- e) *La denominación y domicilio social previstos para la SE”.*

Para el resto de las modalidades reguladas por el RESE, holding y transformación, los términos en los que deba hacerse la publicidad del proyecto se remite a las legislaciones de los Estados miembros, de conformidad con lo dispuesto en los Arts.32.3 y 37.5 RESE respectivamente, que con una redacción similar viene a establecer que: “ ... el proyecto de constitución de la SE se hará público según los procedimientos previstos por la legislación de cada Estado miembro, con arreglo al artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE, por lo menos un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general que deba pronunciarse sobre la operación”. Este plazo de depósito mínimo de un mes se debe conciliar con los plazos mínimos necesarios

para las convocatorias de las Juntas generales conforme a la legislación nacional de cada una de las sociedades promotoras.

En nuestra legislación nacional, el Art. 323.1 LSA (al que nos remite el Art. 326.2 LSA en el supuesto de transformación de una sociedad anónima en SE) relativo a la publicidad del proyecto de constitución de una SE-holding, establece que “..Una vez que tenga por efectuado el depósito, el registrador comunicará el hecho del depósito y la fecha en la que hubiera tenido lugar al Registrador Mercantil Central, para su inmediata publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil”.

El depósito del proyecto de constitución en el Registro correspondiente posibilita el control preventivo de legalidad de la operación por parte del Registrador<sup>739</sup> y la publicación en el BORME cumple con la función de publicidad formal.

En los supuestos de SE-holding, transformación y SE-filial, además de la publicidad del hecho del depósito, es necesario hacer mención al menos de la posibilidad que tienen los socios y los acreedores (categoría en sentido amplio que abarcaría a los trabajadores) de obtener una información más exhaustiva sobre el proyecto completo y las medidas tomadas para la protección de sus intereses, tal y como está previsto para el resto de las modificaciones estructurales<sup>740</sup>. Al igual que en el procedimiento de SE-fusión, en el resto de modalidades de constitución de SE, especialmente Holding y Filial, el proyecto básico, los informes, certificados y documentación contable en su caso, deben estar a disposición de los socios y trabajadores en la sede social de cada una de las sociedades o entidades promotoras con la antelación suficiente a la fecha de celebración de la Junta general (un mes antes como mínimo de la fecha prevista para su celebración) para que puedan consultarlos tal y como se prevé en la ley

---

<sup>739</sup> El Art. 321 LSA “Certificación relativa a la sociedad que se fusiona”: “El registrador mercantil del domicilio social, a la vista de los datos obrantes en el Registro y en la escritura pública de fusión presentada, certificará el cumplimiento por parte de la sociedad anónima española que se fusiona de todos los actos y trámites previos a la fusión”.

<sup>740</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La constitución de la sociedad ...”, ob. cit., pág. 447; LORA-TAMAYO VILLACEROS, M., “La constitución de la SE Holding, Filial y por Transformación”, CDC, núm. 47, junio 2007, pág. 163.

para los supuestos de fusión (Art. 39 LME<sup>741</sup>) y transformación<sup>742</sup>, y pedir en su caso, la entrega o envío gratuito de una copia de los documentos por cualquier medio admitido en derecho, incluso electrónico.

A modo de resumen, las actuaciones que de conformidad con el RESE, ponen fin a la fase preparatoria del proceso constituyente de una SE<sup>743</sup> son: depósito del proyecto de constitución en el Registro, control preventivo de legalidad del mismo a cargo del Registrador, publicidad formal en el Boletín Oficial que corresponda (BORME en España) al domicilio de las sociedades promotoras del hecho del depósito, con especificación de determinados contenidos según la modalidad de constitución y convocatoria de las juntas socios con la puesta a disposición de los socios, acreedores y trabajadores de la información documental (proyecto, informes, certificados, documentación contable) de la operación. Al término de la fase preparatoria de la constitución de una SE, todos los socios, acreedores y trabajadores de las sociedades participantes deben tener conocimiento suficiente de las condiciones económicas y consecuencias jurídicas que pueda ocasionar la operación proyectada en sus intereses.

### III. FASE DECISORIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SE.

La fase preparatoria concluye con la convocatoria de las juntas generales u órganos deliberantes de las entidades promotoras; éste es el punto de partida de

---

<sup>741</sup> Cfr. Art. 39 LME: *“Información sobre la fusión: 1. Al publicar o comunicar individualmente, por cualquier medio que asegure la recepción, la convocatoria de la junta ..., deberá ponerse a disposición de los socios, obligacionistas y titulares de derechos especiales, así como representantes de los trabajadores para su examen en el domicilio social, los siguientes documentos (...). 2. Los socios y los representantes de los trabajadores podrán pedir la entrega o el envío gratuito de copia de los documentos por cualquier medio admitido en derecho. ...”*. Vid. FAJARDO GARCÍA, I.G., *“Constitución por fusión...”*, ob. cit., pág. 159

<sup>742</sup> Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., *“La transformación de la ...”*, ob. cit., pág. 241:

El Art. 9 LME regula el derecho de información de los socios en los supuestos de transformación, y establece que: *“1. Al convocar la junta en que haya de deliberarse sobre el acuerdo de transformación, los administradores deberán poner en el domicilio social, a disposición de los socios, que podrán pedir la entrega o envío gratuito, incluso por medios electrónicos, los siguientes documentos (...).”*

<sup>743</sup> Vid. LARGO GIL, R., *“La constitución ...”*, ob. cit., pág. 144.

la siguiente fase decisoria protagonizada por las juntas de socios de las sociedades promotoras que decidirán sobre la constitución de la SE conforme a los términos del proyecto. Si en la fase preparatoria el protagonismo de las actuaciones recae en el órgano de administración o dirección de las sociedades promotoras, en la fase decisoria corresponde al órgano deliberante de las entidades participantes (Junta general) como órgano de formación de la voluntad social<sup>744</sup> en los asuntos propios de su competencia. Las modificaciones estructurales tipificadas (fusión, escisión, transformación y cesión global de activo y pasivo) son operaciones societarias que trasciende el ámbito de la gestión ordinaria y van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura personal o patrimonial de la sociedad que justifica la competencia de la Junta general como órgano de representación de la propiedad de la sociedad-empresa, y en este sentido, la modificación estructural supranacional instrumentada con la creación de una SE disfruta de las mismas características, independientemente de la modalidad de constitución elegida.

El régimen jurídico de la fase decisoria está contenido en los Arts. 23 y 26.3 RESE para la modalidad constitutiva de fusión, en los Arts.32.3 y 6 RESE para la SE-holding y en Arts. 37. 5 y 7 RESE en supuestos de transformación. Estas disposiciones se limitan a la atribución competencial de las Juntas generales como órgano decisorio en esta materia y fijan las especiales cautelas que se deben observar en materia de implicación de los trabajadores de conformidad con lo establecido en la DITSE<sup>745</sup>, obviando un tratamiento homogéneo para una de las cuestiones de mayor transcendencia en sede decisoria, como son las mayorías

---

<sup>744</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., "Sociedad Anónima (V). Estructura orgánica (1º): La junta general de accionistas", AA.VV, Dir. ALONSO ESPINOSA, F.J., *Curso fundamental de Derecho ...*, Vol.II, ob. cit., pág.246; BROSETA PONT, M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho...*, ob.cit., págs. 398-414. En relación a la posibilidad de un Reglamento de régimen interno de la Junta general, vid. RODRIGUEZ ARTIGAS, F., "El Reglamento de la Junta General y los derechos de los accionistas: planteamiento general", AAVV. Dir. RODRIGUEZ ARTIGAS, F./FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./QUIJANO GONZÁLEZ, J./ALONSO UREBA, A./VELASCO SAN PEDRO, L./ ESTEBAN VELASCO, G., *Derecho de Sociedades Anónimas cotizadas*, Vol.I, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 289-328.

<sup>745</sup> Cfr. Art. 23. 2 RESE "La implicación de los trabajadores en la SE se decidirá con arreglo a la Directiva 2001/86/CE. Las juntas generales de cada una de las sociedades que se fusionen podrán reservarse la posibilidad de condicionar el registro de la SE a la ratificación expresa por ésta de las disposiciones que así se determinen".



necesarias para la adopción del acuerdo. En esta materia diferenciamos, por un lado el régimen previsto por el RESE para las modificaciones estructurales tradicionales tipificadas, esto es, la constitución de la SE-fusión y transformación de SA existente, y por otro lado, el tratamiento de las mayorías en relación a la constitución de una SE-holding y SE-filial. La cuestión es importante al entroncar directamente con el régimen de protección y defensa de los intereses de los socios minoritarios en el ámbito de las sociedades corporativas.

#### **A. Acuerdo adoptado por los órganos deliberantes de las sociedades o entidades promotoras de la constitución de una SE.**

El RESE regula la fase decisoria en los supuestos de constitución de una SE mediante fusión o por transformación de una SA, siguiendo la estructura de las modificaciones estructurales nacionales. En la constitución de la SE-fusión, el Art. 23.1 RESE únicamente se refiere a la aprobación del proyecto de constitución por parte de la junta general de cada una de las sociedades que se fusionen pero además, éstas deberán decidir sobre el sistema de implicación de los trabajadores en la SE de conformidad con lo establecido en la DITSE<sup>746</sup>, pudiendo quedar condicionado el registro de la SE a la ratificación expresa por éstas de las disposiciones que así se determinen (Art. 23.2 RESE). Así pues, hasta que la Comisión Negociadora no haya acordado el concreto régimen de implicación de los trabajadores se pueden producir modificaciones en el proyecto de constitución aprobado inicialmente – al menos en el contenido de los Estatutos sociales- y sería

---

<sup>746</sup> El Art.3 DITSE, establece que una vez publicado el proyecto de fusión, los órganos de administración o dirección de las sociedades participantes, deberán iniciar las gestiones necesarias para entablar las negociaciones con los representantes de los trabajadores, que se materializarán en la constitución de una Comisión negociadora (CN) representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales o establecimientos interesados, constituida de conformidad con el procedimiento legalmente previsto en este artículo. En el mismo sentido, en nuestra legislación los Arts. 5-13 LITSE.

El Art. 61 LME sobre fusiones transfronterizas intracomunitarias en los mismos términos: “Al pronunciarse sobre el proyecto común de fusión transfronteriza, la junta de socio de cada una de las sociedades que se fusionan podrá condicionar la realización de la fusión a la ratificación expresa de las disposiciones decididas para la participación de los trabajadores en la sociedad resultante de la fusión transfronteriza”.

necesario que las juntas generales se pronunciasen sobre estos extremos<sup>747</sup>. Salvo estas precisiones, en el RESE no encontramos referencia alguna al régimen de adopción del acuerdo por parte de las Juntas generales, entendiéndose en todo caso, que esta aparente laguna se solventa por la remisión general del Art. 18 RESE al régimen establecido en la Tercera Directiva de sociedades (78/855/CE). Así el Art. 7 de la Directiva 78/855/CE<sup>748</sup> establece: “1. ... se requerirá al menos la aprobación de la junta general de cada una de las sociedades implicadas. Esta decisión se adoptará al menos, por una mayoría que no puede ser inferior a los dos tercios de los votos relativos a los títulos representados o bien al capital suscrito representado. No obstante, se faculta a los Estados para que cuando la mitad al menos del capital suscrito esté representado, será suficiente una mayoría simple de los votos indicados en el primer párrafo. Además, en su caso, se aplicarán las reglas relativas a la modificación de estatutos. 2. Cuando existan varias categorías de acciones, la decisión estará subordinada a una votación por separado al menos, para cada categoría de accionistas a cuyos derechos afecte la operación. 3. La decisión a tomar se referirá a la aprobación del proyecto de fusión y en su caso, a las modificaciones de los estatutos que necesite su realización”.

El régimen de mayorías establecido para la aprobación de un proyecto de constitución mediante fusión es el mismo al que nos remite el Art. 37.7 RESE en la

---

<sup>747</sup> También es posible, que el proyecto de constitución de la SE prevea y la Junta lo acuerde, la delegación de facultades de la junta a favor de los administradores en esta materia de implicación de los trabajadores, siempre que el acto de delegación contengan las bases y directrices de actuación a la que deban ajustarse los administradores, favoreciendo la celeridad del procedimiento. En cualquier caso, la modificación de los Estatutos sociales es una competencia indelegable de la Junta general y los estatutos sociales en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones sobre implicación de los trabajadores contenidos en el acuerdo de la CN (Arts. 12.3 LITSE), pero ello no implica que todas las disposiciones sobre implicación de los trabajadores consten en los estatutos sociales. Vid. SÁNCHEZ RUS, H., “Constitución de la SE ...”, ob. cit., pág. 510.

<sup>748</sup> Los criterios fijados por la Directiva han sido adoptados por las legislaciones nacionales sobre fusiones, e incluso se han generalizado para la adopción de acuerdos sociales relevantes relativos a otras materias como las modificaciones estatutarias en general. Cfr. Arts. 148, 103 y 93 LSA, por reenvío del Art. 40.1 LME: *Acuerdo de fusión: 1. La fusión habrá de ser aprobada necesariamente por la junta de socios de cada una de las sociedades que participen en ella, ajustándose estrictamente el proyecto común de fusión, con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan. Cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta*. Vid. LARGO GIL, R., “La constitución...”, ob. cit., págs. 145- 146.

modalidad constitutiva de transformación: “La junta general de la sociedad de que se trate aprobará el proyecto de transformación y los estatutos de la SE. La decisión de la junta general deberá tomarse con arreglo a las condiciones establecidas en las disposiciones nacionales conformes al artículo 7 de la Directiva 78/855/CE”. Por tanto, la participación de empresas españolas en la constitución de una SE-fusión o transformación de SA, salvo que los estatutos legales establezcan un porcentaje mayor, se rigen por lo dispuesto en los Arts. 10 y 40 LME (antes Arts. 224 y 240 LSA) en relación con los Arts. 93.1 y 103 LSA<sup>749</sup>, esto es, aprobación del proyecto de constitución de la SE por mayoría de votos siempre que concurren en primera convocatoria presentes o representados, accionistas que posean al menos el 50% del capital social suscrito con derecho a voto, siendo suficiente en la segunda convocatoria la concurrencia del 25% de dicho capital. Cuando concurren accionistas que representen menos del 50% del capital suscrito con derecho a voto, los acuerdos a los que se refiere el apartado anterior, solo podrá adoptarse válidamente con el voto favorable de los dos tercios del capital presente y representado en la junta. En el caso de existir distintas clases de acciones, será necesario el acuerdo por separado al menos para cada categoría de accionistas a cuyos derechos afecte la operación (Art. 7.2 de la Tercera Directiva). Este acuerdo podrá adoptarse en una Junta especial o en votación separada en la misma Junta general en cuya convocatoria se hará constar expresamente este extremo (Art. 148. 2 LSA).

El acuerdo de la Junta general versará sobre el contenido del proyecto completo de constitución que incluye, entre otros, los estatutos sociales de la nueva SE. La posibilidad de modificar en la fase de deliberaciones el contenido del proyecto es una cuestión que mantiene dividida a la doctrina española: mientras unos<sup>750</sup> opinan que razones de seguridad y eficiencia, no aconsejan la admisión de modificaciones del proyecto de constitución en la fase deliberatoria

---

<sup>749</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La constitución ...”, ob. cit., págs. 145 y ss; FAJARDO GARCÍA, I.G., “Constitución ...”, ob. cit., págs. 160-161; SEQUEIRA MARTÍN, A., “La constitución mediante ...”, ob. cit., págs. 351-354; SÁNCHEZ RUS, H., “Constitución de la SE ...”, ob. cit., págs. 508-509; BOQUERA MATARREDONA, J., “La transformación de la SA ...”, ob. cit., págs. 240-241.

<sup>750</sup> Vid. AGUILÓ PIÑA, J.F., “La constitución de ...”, ob. cit., pág. 1831; SEQUEIRA MARTÍN, A., “La constitución mediante ...”, ob. cit., pág. 535.

de la Junta general, otros<sup>751</sup> estiman que la libertad de la Junta general como órgano soberano, no puede estar limitada por el contenido del proyecto que se le somete, el cual puede ser modificado e incluso, en ocasiones, determinadas alteraciones pueden ser necesarias para afrontar diversos factores que hayan surgido con posterioridad a la fecha de redacción del proyecto. En cualquier caso, los defensores de esta postura sostienen que las propuestas de modificación deben ser idénticas en todas las asambleas. Esta última postura parece estar más cerca del tenor literal del Art. 26.3 RESE que al referirse al control de legalidad en el procedimiento por parte del Registrador mercantil u otra autoridad del Estado miembro del futuro domicilio de la SE, establece que *“controlará en particular que las sociedades que se fusionen hayan aprobado un proyecto de fusión en los mismos términos”*, sin especificar que deba ser el proyecto inicialmente redactado por los administradores o el modificado por la asamblea o junta general; en cualquier caso, está claro que el proyecto de constitución definitivamente aprobado debe ser el mismo para todas las sociedades implicadas, sin importar demasiado si en el transcurso del procedimiento ha habido o no modificaciones y alguno de los documentos iniciales, como los informes, hayan podido quedar sin efecto.

La adopción del acuerdo por las Juntas generales en las modalidades constitutivas de SE- holding y SE-filial común<sup>752</sup> está sometido al régimen jurídico aplicable al tipo societario de la sociedad o entidad pública o privada participante en la constitución (SA, SRL, y sólo para la SE- filial, entidades con personalidad jurídica, civiles o mercantiles, con ánimo de lucro). En estas modalidades y en materia de adopción del acuerdo de constitución de la SE, el recurso al Art. 15 RESE no es operativo, siendo el más plausible el régimen aplicable a las modificaciones estructurales societarias de los Arts. 10, 40, 41 y 42 LME que

---

<sup>751</sup> Vid. LARGO GIL, R., “La constitución de la ...”, ob. cit., págs. 146-147, alude a la legislación portuguesa en el Art.102 del Código de Sociedades Comerciales, contempla la posibilidad de modificaciones en el proyecto de fusión por las Juntas generales; FAJARDO GARCÍA, I.G., “Constitución por fusión ...”, ob. cit., pág.162.

<sup>752</sup> La doctrina española aconsejaba la necesidad de que el legislador nacional para SE-filial común estatuyera, como mínimo, la obligatoria consulta a la Junta para la adopción de estas decisiones, o en su defecto habría que propugnar la aplicación por analogía de los preceptos contenidos en el RESE para regular estas formas de constitución. Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La constitución de la ...”, ob. cit., pág. 463.

reenvía a los Art.103 y 148 LSA<sup>753</sup> (o en su caso, al Art. 53.2 2º LSRL en la redacción dada por la LME), estando sujetos por tanto a unos mínimos de *quórum*s de asistencia para la válida constitución de las asambleas y requisitos de mayorías cualificadas.

El Art. 32.6 in fine RESE establece para SE-holding las mismas precauciones que en los supuestos de fusión y transformación, esto es, la reserva a favor de las Juntas generales de cada sociedad de la posibilidad de condicionar el registro de la SE a la ratificación expresa por éstas de las obligaciones que se establezcan sobre la implicación de los trabajadores de la SE, implicación que se deberá decidir con arreglo a lo dispuesto en la DITSE y sobre la que caben las mismas consideraciones formuladas anteriormente (posibilidad de delegación expresa en el órgano de administración o ratificación en una posterior junta general que se pueda celebrar siempre que no se obstaculice la continuación del procedimiento en sus siguientes fases<sup>754</sup>).

En cuanto a la posibilidad de modificación del contenido del proyecto de constitución de una SE-holding<sup>755</sup> o SE-filial en el momento de la deliberación por las juntas generales o asambleas de las entidades participantes, así como del requisito de puesta a disposición de los socios, trabajadores y cualquier otro interesado en tiempo y forma (un mes antes de la celebración de la junta general y forma gratuita) de toda la información documental relevante al proceso, entendemos que merece las mismas reflexiones ya realizadas en los supuestos de constitución de SE mediante fusión o de la transformación de una SA en SE.

Podemos concluir en este apartado diciendo, que a pesar de la redacción diversa e imprecisa utilizada en esta fase por el RESE y no solventada por las

---

<sup>753</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., "La constitución de la ...", ob. cit., pág. 448; EMBID IRUJO, J.M., "La constitución ...", ob. cit., pág. 219.

<sup>754</sup> Vid. AGUILÓ PIÑA, J.M., "La Sociedad Anónima ...", ob. cit., pág. 1842.

<sup>755</sup> La posibilidad de modificación del contenido del proyecto inicial en el caso de constitución de una SE holding, se podría decir que es prácticamente inevitable, en tanto en cuanto es necesaria una manifestación de voluntad expresa por parte de los socios sobre el interés en aportar sus acciones o participaciones con vistas a la constitución de la nueva SE (cfr. Art. 33.1 RESE) que puede afectar a la fijación de la cifra definitiva del capital social o las modificaciones que puedan corresponder en sede de estatutos fruto de la reserva de las juntas generales en la materia de implicación de los trabajadores. Vid. EMBID IRUJO, J.M., "La constitución de la ...", ob. cit., pág. 220.

legislaciones nacionales, la constitución de una SE en cualquiera de sus modalidades es una técnica de reestructuración empresarial y por tanto operación societaria que requiere la intervención necesaria de las juntas generales de las sociedades o entidades promotoras ajustadas a unos requisitos especiales de *quórum*s de asistencia y mayorías cualificadas; son en suma, operaciones que sobrepasan la esfera de la gestión o administración ordinaria de una empresa - incluso en los supuestos de creación de una SE filial común- caracterizadas por el componente transnacional, y en las que se hace necesario garantizar los derechos de información y uniformidad documental, asegurar la transparencia de la operación y la defensa de los intereses de los socios y trabajadores.

#### **B. Consentimiento individual de los socios para participar en el canje de las acciones: Particularidad del proceso de constitución de la SE- holding.**

La modalidad de SE-holding particulariza su proceso de constitución respecto de las demás modalidades en la cumplimentación de la fase decisoria. Se reconoce a favor de los socios “el derecho de aportar<sup>756</sup>” sus acciones o participaciones para canjearlas por acciones de la SE dentro del plazo legal concedido al efecto. Se trata de una realación de canje especial, diferente a la operada en los procedimientos de constitución por fusión, transformación o filial común, donde el *principio de continuidad de los socios*<sup>757</sup> en la SE-holding no opera de forma automática al depender del consentimiento individual de cada socio para acudir a la relación de canje fijada.

En el supuesto constitución de SE-holding no se produce la amortización de la totalidad de las acciones de las sociedades promotoras –como ocurre en la

---

<sup>756</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.S., *El Proceso ...*, ob.cit., pág. 312.

<sup>757</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F.J., “El proyecto de escisión ..”, ob. cit., pág. 4895; EMBID IRUJO, J.M., “Comentario al artículo 235 LSA. Contenido del proyecto de fusión”, AAVV, Coord. ARROYO, I./ EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas ...*, ob. cit., pág. 2250; SEQUEIRA MARTÍN, A., “Comentarios al artículo 235 LSA”, AAVV, Dir. SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas ...*, ob. cit., pág.135.

La relación de canje como elemento técnico de la operación de fusión que sirve a la finalidad de atribuir a los socios de las sociedades que se extingan acciones de la nueva sociedad, o en el caso, de la absorbente, a fin de permitirles la continuidad en su posición de socio.

fusión o transformación- fruto del canje, por el contrario se trata de “*un canje o un cambio de acciones, propiamente hablando*”<sup>758</sup>, donde se dan situaciones diversas como socios que no acudan a la relación de canje conservando su posición original de socio únicamente en la sociedad promotora que subsiste con personalidad jurídica propia pero dependiente de la SE holding, o con socios que aporten la totalidad, o una parte, de sus acciones/participaciones de la sociedad promotora a cambio de las acciones de la holding. En todo caso, el carácter de holding de la SE exige que su participación en el capital de sus sociedades promotoras dependientes sea superior al 50% de los derechos de voto permanentes y a garantizar esta exigencia parece estar llamada esta disposición.

Las peculiaridades de la relación de canje de SE -holding están contenidas en el Art. 33.1<sup>759</sup> RESE que, con una redacción quizás un tanto confusa, nos da a entender que los socios de las sociedades promotoras decidirán voluntaria y libremente y dentro del plazo legalmente previsto (tres meses plazo inicial, más un mes después de la publicación a la que se refiere el Art. 33.3 RESE) si acuden o no a la “*suscripción*” de las acciones de la nueva SE, mediante la aportación de sus acciones o participaciones de las sociedades de origen conforme a la relación de canje fijada en el proyecto y que en todo caso, será completada con la compensación económica que proceda. Se trata de un trámite novedoso<sup>760</sup> en los sistemas de reestructuración societaria que plantea dudas de interpretación sobre el cómputo del plazo otorgado a los socios para manifestar su consentimiento individual. Nos encontramos ante una verdadera declaración de voluntad firme e irrevocable por parte de los socios manifestada dentro del plazo improrrogable de tres meses contados desde la fijación definitiva del proyecto o condiciones de constitución de la SE, que la doctrina mayoritaria<sup>761</sup> sitúa “*desde la aprobación del*

---

<sup>758</sup> Vid. ALONSO LEDESMA, C., “La constitución de la ...”, ob. cit., pág. 432.

<sup>759</sup> Art.33.1 RESE: “*Los accionistas o tenedores de las participaciones de las sociedades que promuevan la operación dispondrán de un plazo de tres meses para comunicar a las sociedades promotoras su intención de aportar sus acciones o participaciones con vistas a la constitución de la SE. Este plazo comenzará el día que se establezca definitivamente las condiciones de constitución de la SE de conformidad con el artículo 32*”.

<sup>760</sup> Vid. LORA- TAMAYO VILLACIEROS, M., “La constitución de la SE holding, filial y por transformación”, CDC, núm. 47, junio 2007, pág. 166.

<sup>761</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución de la ...”, ob. Cit., pág. 220; Navarro Lérica, M.S., El proceso de constitución..., ob. cit., pág.

*proyecto de constitución por la junta general*" (Art. 32.6 RESE). Por nuestra parte, entendemos que la remisión genérica del Art. 33.1 al 32 RESE sin especificar el momento exacto para computar el plazo también podría referirse a la fecha prevista en el Art. 32.3 RESE, esto es, cuando el proyecto común sea depositado para su publicidad en el Registro mercantil, por lo menos un mes antes de la fecha de la reunión de la junta general. Siguiendo esta última interpretación, se posibilita a los socios el acceso a toda la información del proyecto completo de constitución (proyecto básico, informes y documentación contable en su caso), de tal modo, que puedan manifestar su decisión individual al tiempo de celebración de la junta general que decida sobre la aprobación del proyecto, sin perjuicio de las modificaciones que pudieran darse en el transcurso de las deliberaciones de la junta, en cuyo caso, será necesario comenzar a contar un nuevo plazo de tres meses. Además de este plazo de tres meses, el Art. 33.3 in fine RESE prevé un plazo adicional para los socios que no hayan comunicado su intención durante el primer plazo, concretamente: *"Los accionistas o tenedores de participaciones de las sociedades que promuevan la operación que no hubieran comunicado dentro del plazo mencionado en el apartado 1 su intención de poner sus acciones o participaciones a disposición de las sociedades promotoras con vistas a la constitución de la SE dispondrán de un plazo adicional de un mes para hacerlo"*. A pesar de que la doctrina haya calificado este plazo como *desconcertante y a la vez independiente del fijado inicialmente*<sup>762</sup>, entendemos que su interpretación debe hacerse en el marco de la redacción secuencial del propio Art. 33 RESE. En el apartado segundo de este artículo, se establece que la SE holding quedará constituida si, dentro del plazo de los 3 meses fijado en el apartado anterior (plazo que como ya hemos comentado se inicia con el depósito y publicación en el Registro mercantil un mes antes de la celebración de la junta general, y si se modificara el proyecto en sede de junta general, desde la aprobación definitiva de este proyecto), los socios de las sociedades promotoras aportan el porcentaje mínimo de acciones y participaciones requerido para la constitución de la SE holding (mínimo del 50% de los derechos de voto permanentes) y se cumplen el resto de las condiciones, hecho del cual se dará publicidad de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE (artículo 33.3 RESE). Y será precisamente esta publicidad sobre *"el*

---

<sup>762</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., *"La constitución ..."*, ob. cit., pág. 220; ALONSO LEDESMA, C., *"La constitución ..."*, ob. cit., pág. 454.



*cumplimiento de todas las condiciones para la constitución de la SE<sup>763</sup>* en cada uno de los Registros de las sociedades implicadas, la que da paso a la apertura del siguiente plazo de un mes para todos aquellos socios “rezagados” o “dudosos” en un primer momento, que puedan acceder dentro del plazo concedido al canje de sus acciones o participaciones por acciones de la nueva SE holding que ya está constituida conforme al apartado 2 del artículo 33 RESE, es decir, que al menos reúne todos los requisitos legales para su válida constitución formal.

El orden secuencial de las actuaciones establecido por el Art. 33 RESE, permite que una vez finalizado el plazo de aportación de títulos de los “rezagados”, se proceda a la entrega definitiva de la acciones de la SE a los accionistas o portadores de participaciones que hayan aportado sus títulos para su constitución (Art. 33.4 RESE). Será entonces, cuando podrán iniciarse las actuaciones necesarias (escritura y/o estatutos sociales) para la inscripción formal de la SE en el Registro del domicilio social fijado para la nueva SE holding, tal y como consta en el apartado 5 del Art. 33 RESE *“Sólo podrá llevarse a cabo la inscripción de la SE si se acredita el cumplimiento de los trámites contemplados en el artículo 32 y de las condiciones contempladas en el apartado 2”*.

Sin duda, esta particularidad de la intervención necesaria de los socios a nivel individual, es un requisito específico de esta modalidad de constitución que no puede ser exigible por analogía al resto de las modalidades, ni siquiera a la SE filial común, ya que el supuesto de hecho inicial es diferente. La especificidad de la sociedad holding como sociedad de control reside precisamente en la posesión de una participación mayoritaria (50% derechos de voto permanentes) en el capital social de sus sociedades dependientes (promotoras), que solo se puede garantizar asegurando el consentimiento individual de los socios aportantes. En los supuestos de constitución de SE filial común, ni el RESE ni las legislaciones nacionales establecen un porcentaje mínimo de participación en el capital social, basta con reunir la cualidad de “filial” o “sociedad dependiente” para que la SE filial se formalice a partir del acuerdo adoptado en las juntas generales o asambleas de las entidades participantes.

---

<sup>763</sup> En relación a este requisito y su interpretación por la DGRN en resolución de 22 de enero de 2008 (RJ. Aranzadi 2008/2093), vid. epígrafe *infra* “Mecanismos de publicidad nacional y comunitaria de la SE”.

### C. El derecho de separación de los socios disidentes.

El derecho de separación de los socios disidentes es una medida encaminada a garantizar la protección de los socios minoritarios, que si bien no está regulada expresamente como tal en el RESE, si se alude al mismo de forma indirecta.

En el supuesto de constitución de SE-fusión el Art. 24.2 RESE establece que *“Los Estados miembros podrán adoptar, respecto de las sociedades participantes en una fusión constituidas con arreglo a su ordenamiento jurídico, disposiciones encaminadas a garantizar una protección adecuada de los accionistas minoritarios, que se hayan pronunciado en su contra”*<sup>764</sup>; artículo que ha encontrado su corolario en nuestra legislación en el Art.320 LSA, que bajo la rúbrica de *“Derecho de separación de los accionistas en caso de fusión”* establece que: *“Los accionistas de las sociedades españolas que voten en contra del acuerdo de una fusión que implique la constitución de una sociedad anónima europea, domiciliada en otro Estado miembro, podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto en el artículo 149. Igual derecho tendrán los accionistas de una sociedad española que sea absorbida por una sociedad anónima europea domiciliada en otro Estado miembro”*.

La remisión al Art. 149 LSA, derogado su apartado 2 por la Ley 3/2009, debe interpretarse como remisión al supuesto de traslado internacional del domicilio social regulado en los Arts. 92 a 103 LME. El régimen jurídico de referencia del derecho de separación tanto para las fusiones internacionales, como en los supuestos de traslado internacional del domicilio social, es el contenido en los Arts. 95 a 97 LSRL, por remisión expresa de los Arts. 62 y 99 LME<sup>765</sup>. La razón

---

<sup>764</sup> A diferencia del criterio establecido en el apartado anterior de este mismo Art.24. 1 RESE, relativo a las medidas que deban adoptarse para la protección de los intereses de los acreedores u otros titulares (obligacionistas y tenedores de títulos distintos de las acciones a los que correspondan derechos especiales en las sociedades que se fusionan), cuando el legislador comunitario se limita a una remisión en bloque a la regulación que sobre la materia se establece en el ámbito de cada legislación interna, en caso de la tutela de los accionistas minoritarios se deja la puerta abierta al ejercicio de la potestad normativa por parte de cada Estado. Vid. RIPOLL SOLER, A., *“La constitución de la Sociedad Anónima Europea mediante fusión”*, CDC, núm. 47, junio, 2007, pág. 129.

<sup>765</sup> El Art. 99 LME *“Derecho de separación de los socios: Los socios que hubieren votado en contra del acuerdo de traslado del domicilio social al extranjero podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada”*; y en el mismo sentido,

de estas remisiones a la LSRL se justifican por la búsqueda de: a) una unificación del régimen del derecho de separación (causas legales y estatutarias, ejercicio del derecho en el plazo de un mes) para todas las sociedades mercantiles, tomándolo como referencia el de mayor precisión técnica jurídica hasta ahora de la LSRL; b) la ratio del derecho de separación, con independencia de la causa que lo motive – legal o estatutaria- está en el eventual cambio del régimen jurídico o *lex societatis*, especialmente desde la perspectiva fiscal<sup>766</sup>, y que no sea el querido por alguno de los socios, siempre que hayan votado en contra en la junta que decida sobre la operación propuesta.

El ejercicio del derecho de separación del socio disidente se reconoce también en la modalidad de constitución de SE-holding, regulado en nuestra legislación por el Art. 325 LSA<sup>767</sup>. El plazo para el ejercicio de este derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha del acuerdo de constitución y además deberá ejercitarse por escrito (Art.131.3 bis RRM). Este derecho de separación es una medida más del conjunto de mecanismos previstos a lo largo de la tramitación del proceso de constitución para proteger los intereses de los socios (información, votación y derecho de aportar), que exige el voto en contra del acuerdo de constitución de la SE, y ante el riesgo de quedarse en una situación absolutamente minoritaria ante el socio mayoritario representado por la SE holding, se les reconoce la posibilidad de amortizar sus acciones/participaciones abandonando su posición de socio; no obstante, esta formulación deja abierta

---

el Art. 62 LME “Los socios de las sociedades españolas participantes en una fusión transfronteriza intracomunitaria que voten en contra del acuerdo de una fusión cuya resultante tenga su domicilio en otro Estado miembro podrán separarse de la sociedad conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada”. El legislador nacional unifica la tutela de los derechos de las minorías en la SE mediante la técnica del derecho de separación.

<sup>766</sup> Vid. RIPOLL SOLER, A., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea mediante fusión”, CDC, núm. 47, págs. 130-131; VIERA GONZÁLEZ, A.J., “Derecho de separación (SA y SRL)”, AAVV, Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de ...*, ob. cit., págs. 491 y ss; MUÑOZ MARTÍN, N., “Comentarios a los artículos 147 LSA y 149 LSA”, AA.VV., Coord. ARROYO, I. / EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades ...*, ob. cit., págs. 1566 -1576 y 1581 -1585.

<sup>767</sup> Art. 325 LSA: “Protección de los socios de las sociedades participantes en la constitución de una sociedad anónima europea” “Los socios de las sociedades promotoras de la constitución de una sociedad anónima europea holding que hubieran votado en contra del acuerdo de su constitución podrán separarse de la sociedad de la que formen parte conforme a lo previsto en el artículo 149”.

ciertas incógnitas respecto de la situación en la que quedan los socios minoritarios que no hubieran votado en contra del acuerdo, ni hubieran accedido al canje de sus acciones o participaciones por las acciones de la nueva SE, cuestión que no plantearían mayores problemas para los supuestos de sociedades cotizadas donde queda abierta la posibilidad de venta de sus acciones en los mercados bursátiles, pero no ocurre así en los supuestos de sociedades cerradas<sup>768</sup>.

En los supuestos de constitución de SE por transformación de una SA, el Art. 37.8 RESE permite que los Estados miembros condicionen la transformación a una votación favorable por mayoría cualificada o por unanimidad, celebrada en el órgano de la sociedad que deba transformarse y en el que esté organizada la participación de los trabajadores. El legislador español no ha utilizado esta posibilidad para los supuestos de transformación de SA en SE expresamente, pero incorpora el derecho de separación en los supuestos de transformación en la Ley 3/2009, de 3 de abril (Art. 15 LME<sup>769</sup>), y por tanto aplicable al supuesto que nos ocupa por reenvío del RESE.

A modo de resumen, el derecho de separación de los socios disidentes en el proceso de constitución de una SE conforme al RESE, queda al arbitrio de las legislaciones nacionales que adopten esta especial protección para los socios. El legislador español, tras la entrada en vigor de la LME, generaliza este derecho

---

<sup>768</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., "La constitución ....", ob. cit., págs. 222-223, en el análisis de este derecho de separación reconocido únicamente para los socios que hubieran votado en contra, pueden producirse situaciones que no han sido tratadas suficientemente por el legislador español dentro de la disciplina de los grupos de sociedades, como la expulsión de los socios minoritarios mediante el procedimiento de *squeeze-out*; situación que es perfectamente plausible cuando una SE-holding se convierte en un socio ampliamente mayoritario con una participación superior por ejemplo al 90% del capital social.

<sup>769</sup> El Art. 510.1 PCSM (2002) para los supuestos de transformación establecía: " Los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo podrán separarse de la sociedad que se transforma", y el Art. 15 LME: "*Derecho de separación de los socios: 1. Los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo podrán separarse de la sociedad que se transforma, conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada. Los socios que por efecto de la transformación hubieran de asumir una responsabilidad personal por las deudas sociales y no hubieran votado a favor del acuerdo de separación quedarán automáticamente separados de la sociedad si no se adhieren fehacientemente a él dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de su adopción cuando hubieran asistido a la junta de socios, o desde la comunicación de ese acuerdo cuando no hubiesen asistido. La valoración de las partes sociales correspondientes a los socios que se separen se hará conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada*".

(Arts. 15, 62 y 99 LME) para los supuestos que supongan alteración de la *lex societatis* o régimen jurídico societario y se excluye para los supuestos de fusión entre sociedades nacionales. El legislador español regula también expresamente el derecho de separación en los procedimientos especiales de modificación estructural mediante creación de una SE-Holding (Art. 325 LSA), en los supuestos de SE-fusión sólo cuando ésta se domicilie fuera de España (Art. 320 LSA) y en los supuestos de transformación de SA en SE por aplicación del Art. 15 LME. En los supuestos de constitución de SE-filial común, el derecho de separación de los socios dependerá de si está previsto de forma legal o estatutaria en el régimen jurídico correspondiente a cada una de las entidades promotoras (SA, SRL, Soc. colectiva, o cualquier persona jurídica con ánimo de lucro). El régimen jurídico y procedimiento de referencia para el ejercicio del derecho de separación es el contenido en la LSRL (Art. 95, 96, 97 y 103), sin perjuicio de una posterior regularización, aclaración y armonización de la legislación societaria actual (CCom, LSA, LSRL y LMV) en un único texto bajo el título “Ley de Sociedades de Capital” que contribuya a la racionalización normativa y perfeccionamiento de un sector tan sensible como el Ordenamiento societario<sup>770</sup>.

#### IV. FASE DE EJECUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE UNA SE.

La fase ejecutoria del proceso constituyente de una SE comprende todos aquellos trámites y actos necesarios que culminan con la inscripción de la SE en el Registro del domicilio social elegido y publicidad correspondiente (Art. 12 RESE).

El régimen jurídico de esta fase difiere en función de la modalidad de constitución. El Art. 27 RESE establece que la fusión y constitución simultánea de SE surtirán efecto el día que quede registrada con arreglo al Art. 12 RESE, momento determinante para adquirir personalidad jurídica la SE (Art. 16.1 RESE). En la modalidad de constitución de SE-holding, el RESE es mucho más escueto<sup>771</sup>,

---

<sup>770</sup> Vid. Disposición final Séptima de la Ley 3/2009, de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses sea una realidad la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>771</sup> Vid. EMBID IRUJO, J.M., “La constitución ...”, ob.cit.,pág. 221, opina que el legislador nacional ha desaprovechado la oportunidad de “aportar un poco de claridad respecto de la realización de estos trámites, por la novedad, en particular, del procedimiento de

concretamente el apartado 5 del Art. 33 RESE se limita a establecer que, sólo podrá llevarse a cabo la inscripción de la SE si se acredita el cumplimiento de los trámites contemplados en el Art. 32 y condiciones del apartado 2 del Art.33 RESE; y en la modalidad de transformación son inexistentes las normas de esta fase por lo que habrá que acudir a lo previsto con carácter general en el RESE y a las disposiciones de los Estados miembros del domicilio social de la SE<sup>772</sup>.

La fase de ejecución en el proceso de constitución de una SE domiciliada en España, independientemente del diverso tratamiento contenido en el RESE y las particularidades propias de cada modalidad, pasa necesariamente por finalizar la fase decisoria anterior - incluidos los plazos legales de los derechos de separación, oposición u otras medidas previstas en las legislaciones nacionales<sup>773</sup>-, e iniciar las actuaciones necesarias, como elaboración de estatutos sociales definitivos y

---

*constitución de SE (holding), y la necesidad de otorgar seguridad jurídica a un asunto que, como hemos visto, está lleno de incertidumbre en el propio Reglamento”.*

<sup>772</sup> Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., “La transformación ..” ob. cit., págs. 243-244.

La fase decisoria en la transformación de sociedades finaliza con la publicación del acuerdo de transformación (Art. 14 LME) en el BORM y en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio. Esta publicación no será necesaria si se realiza una comunicación individualizada por escrito a todos los socios. Desde la fecha de la publicación o comunicación individual se concede un plazo de un mes para el ejercicio del derecho de oposición de los titulares de derechos especiales distintos de las acciones (Art. 16 LME). La transformación de la SA en SE se eleva a escritura pública con el contenido prescrito por la ley para la constitución de la SE (Arts. 18 LME, 216 RRM y 37 RESE). La eficacia de la transformación en SE queda supedita a la inscripción de la escritura pública en el RM (Art. 19 LME) cuando el registrador haya realizado el oportuno control de legalidad sobre el acuerdo de transformación y los rasgos tipológicos de la SE, entre los que no puede faltar la implicación de los trabajadores, además de las previsiones del Art.225 RRM, es decir la consignación de las circunstancias generales exigibles a la primera inscripción de la forma societaria de que se trate. Una vez inscrita, la transformación podrá ser impugnada en el plazo de 3 meses (Art. 20 LME).

<sup>773</sup> Los Arts. 24.1, 34 y 37.9 RESE reenvía a las legislaciones nacionales las medidas que deban aplicarse para garantizar los derechos de los acreedores, obligacionistas, a los tenedores de títulos distintos de las acciones a los que correspondan derechos especiales en las sociedades que se fusionan y a los trabajadores, que se opongan a la constitución.

Si bien, la protección de los socios minoritarios se ha generalizado con el ejercicio del derecho de separación del socio que vote en contra del acuerdo, la protección de los titulares de derechos especiales y acreedores se materializa en el derecho de oposición (Arts. 16, 44 LME) y medidas de garantía de la participación de los trabajadores (Art. 65.2 y 67 LME) de conformidad con la LITSE.

escritura de constitución conducentes a la inscripción de la SE, no sin pasar antes por los controles de legalidad oportunamente previstos como garantes de las distintas fase del proceso constituyente.

El proceso complejo de constitución de una SE diferencia dos ámbitos de actuación: las fases preparatoria y decisoria desarrolladas en el seno de cada una de las sociedades promotoras, regulada por el RESE y subsidiariamente por las distintas legislaciones nacionales implicadas (ámbito nacional), y por otro lado, la fase ejecutoria correspondiente a los trámites necesarios para la inscripción y publicidad de la nueva SE en el Registro del domicilio social elegido, donde únicamente se ve afectada, además del RESE, la legislación nacional del lugar de inscripción de la SE (ámbito “europeo”).

#### **A. Doble control de legalidad del procedimiento: fase nacional y fase comunitaria.**

El proceso constituyente de la SE, en cualquiera de sus modalidades, se somete al doble control de legalidad realizado por el Tribunal, notario o autoridad competente que designe cada Estado. El primer control de legalidad se realiza sobre los actos y trámites realizados por las sociedades promotoras durante la fase de preparación (proyecto) y la decisoria (acuerdo de la junta) del proceso constituyente de la SE. Este primer control se desarrolla en el ámbito nacional de cada sociedad promotora. El segundo control de legalidad a cargo del Tribunal, notario o autoridad correspondiente del futuro domicilio de la SE se realiza sobre los actos y trámites necesarios para la inscripción definitiva de la SE en el Registro. La regulación contenida en el RESE y nacional para el supuesto de SE-fusión sirve de referencia al resto de modalidades, con la salvedad de las disposiciones expresamente previstas para SE-holding en el control de legalidad nacional (Art.33.3 RESE) y el segundo control previo a la escrituración e inscripción de la sociedad (Art. 33.5 RESE).

El Art. 25.1 RESE relativo al primer control de la SE-fusión, delega en el régimen jurídico previsto por las legislaciones nacionales para la fusión de Sociedades anónimas. El apartado 2 de este artículo establece explícitamente la necesidad de “*un certificado que acredite de manera concluyente el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión*” por parte de cada una de las sociedades que se

fusionen. En la legislación española, este control de legalidad y certificación lo realiza el Registrador mercantil del domicilio social de la SA española participante en la SE-fusión (Art. 321 LSA), a la vista de los datos obrantes en el Registro y en la escritura pública de fusión presentada.

El segundo control de legalidad de la fusión<sup>774</sup> regulado en el Art. 26 RESE y Art. 322 LSA, lo realiza también el Registrador mercantil cuando la SE resultante de la fusión establezca su domicilio en España, quien controlará especialmente la existencia de los certificados de las autoridades competentes de los países en los que tenía su domicilio las sociedades extranjeras participantes en la fusión y la legalidad del procedimiento de fusión y constitución de SE.

Sin entrar en el análisis pormenorizado de cómo se lleva a cabo el doble control de legalidad, basta con recordar que el Registrador es el legalmente responsable del control de legalidad de toda la operación transfronteriza de constitución de la SE en sus distintas fases, con la complejidad técnica y dificultades de todo orden (traducción de documentos, comprobación de certificados, etc.) que entraña la conciliación de distintos órdenes legislativos, el comunitario y los distintos ordenamientos nacionales implicados en la operación<sup>775</sup>.

---

<sup>774</sup> Sin que ello impida desarticular nuestro propio sistema dual de control de legalidad realizado con carácter previo por el notario autorizante de las escrituras necesarias tanto en el negocio de la fusión como en la constitución de la SE. Vid. RIPOLL SOLER, A., "La constitución de la Sociedad Anónima europea...", ob. cit., págs. 131-138.

<sup>775</sup> En este sentido es ilustrativa la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 2008, relativo a un supuesto de constitución de una SE holding con domicilio en Alemania, siendo promotora una SRL con domicilio en Palma de Mallorca, y las dificultades que plantea al Registrador nacional acreditar de forma concluyente que se han cumplido "todas" las condiciones para la constitución de la SE y la interpretación del Art. 33.3 RESE. (RJ Aranzadi 2008/2093). Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.S., "El control del cumplimiento de las condiciones de constitución de una SE-Holding. Comentario a la RDGRN de 22 de enero de 2008", *RdS*, núm. 30, 2008, págs. 467-482

En relación a las nuevas situaciones registrales que pueden producirse en España con la nueva SE, Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., "La Sociedad Anónima Europea y el Registro Mercantil", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 265, febrero 2007, págs. 89-100.



### B. Escritura de constitución de una SE domiciliada en España.

La escritura de constitución es una exigencia formal de las SE domiciliadas en España<sup>776</sup>, cuyo contenido es esencialmente idéntico al exigido en las escrituras de las concretas operaciones de referencia, esto es, en la escritura de fusión, transformación o constitución de una sociedad anónima (Art. 45 LME, Art. 18.2 LME<sup>777</sup>, y 8 LSA, Art.114 RRM), salvo en las especificaciones previstas por el Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre. En concreto, para los supuestos de constitución de una SE-holding domiciliada en España, el Art. 131bis RRM establece que además de los requisitos generales para su constitución, en la escritura se hará constar la declaración de los administradores de que ningún socio ha ejercitado su derecho de separación en las sociedades domiciliadas en España, o en caso contrario, la declaración de los administradores de la que resulte el reembolso de las acciones correspondientes y los datos de identidad de los accionistas que ejercitaron tal derecho, previa amortización de aquellas y la reducción del capital.

En los supuestos de transformación de una SA en SE, el apartado 2 del Art. 224 bis RRM, dispone que para la inscripción de la SE resultante de la

---

<sup>776</sup> Vid. GUTIÉRREZ GILSANZ, J., "Escritura de constitución", AAVV., Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho...*, ob.cit., págs.576-581; GALÁN LÓPEZ, C., "Estatutos sociales", AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario...*, ob.cit., págs. 587 -594; URÍA, R., MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "La Sociedad Anónima: Fundación", AAVV., Dir. URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho...*, ob.cit., 2006, págs. 830-837

<sup>777</sup> Art. 18.2 LME: escritura pública de transformación: "...2. Además de las menciones exigidas para la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte, la escritura pública de transformación habrá de contener la relación de socios que hubieran hecho uso del derecho de separación y el capital que representen, así como la cuota, las acciones o las participaciones que se atribuyan a cada socio en la sociedad transformada. 3. Si las normas sobre constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte así lo exigieran, se incorporará a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social"; respecto de la escritura de fusión, el Art. 45 LME "1. Las sociedades que se fusionan elevarán el acuerdo de fusión adoptado a escritura pública, a la cual se incorporará el balance de fusión de aquéllas. 2. Si la fusión se realizara mediante la creación de una nueva sociedad, la escritura deberá contener, además, las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma en atención al tipo elegido. Si se realizara por absorción, la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieren acordado por la sociedad absorbente con motivo de la fusión y el número, clase y serie de las acciones o las participaciones o cuotas que hayan de ser atribuidas, en cada caso, a cada uno de los nuevos socios."

transformación, se incorporará a la escritura el informe de los administradores y la certificación de los expertos que se regula en el Art. 326 LSA.

En los supuestos de constitución de SE-fusión con domicilio en España, el Art. 230.2 RRM establece que además de los documentos complementarios del apartado 1 de ese mismo artículo (proyecto, diarios donde conste la publicación de la convocatoria de la junta y el acuerdo de fusión, los informes de administradores y expertos cuando fuera obligatorios) se acompañarán para su inscripción, los certificados de las autoridades correspondientes al domicilio de las sociedades extranjeras participantes en la fusión acreditativos de la legalidad del procedimiento con arreglo a la ley aplicable y de los asientos vigentes obrantes en el Registro de procedencia, así como el informe/s de experto/s independientes.

Y por último, se añade un nuevo Art. 309 bis RRM para los supuestos de inscripción de una SE-filial, sin aportar muchas novedades respecto del régimen general, pues se limita a establecer que, la constitución y demás actos inscribibles de una SE-filial se inscribirán en el RM de su domicilio conforme a lo dispuesto para las sociedades anónimas, identificando a las sociedades o entidades matrices conforme a lo dispuesto en el Art. 38 del RRM.

### **C. Contendio de los Estatutos sociales de una SE domiciliada en España.**

El Art. 6 RESE se refiere a los Estatutos sociales de la SE, como la expresión que *“designará a la vez el acto constitutivo y, cuando constituyan un acto separado, los estatutos propiamente dichos de la SE”*. El legislador comunitario en este precepto, y en coherencia con lo dispuesto en la Primera Directiva de Sociedades<sup>778</sup>, respeta las tradiciones jurídicas de los países que como en España distinguen entre la escritura de constitución y estatutos sociales en el acto fundacional de una sociedad. Los Estatutos sociales de la SE contiene las normas de funcionamiento y organización interna de la sociedad, a la vez que constituyen una fuente

---

<sup>778</sup> Vid. El artículo 2.1 a) de la Primera Directiva del Consejo de 9 de marzo de 1968: *“1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que la publicidad obligatoria relativa a las sociedades se refieran al menos a los actos e indicaciones siguientes: a) La escritura de constitución y los estatutos, si fueran objeto de un acto separado;...”*.

directamente aplicable cuando el RESE expresamente lo autorice (Art. 9.1.b RESE).

El RESE no regula el contenido mínimo de los estatutos sociales de la SE (a diferencia del Art. 13 de la Propuesta de 1970), pero se deduce parte de su contenido por las referencias expresas a los mismos en el RESE<sup>779</sup> y en las

---

<sup>779</sup> Son varios los artículos que mencionan los Estatutos Sociales de la SE, pero sólo de algunos de ellos podemos extraer referencias a las menciones que son necesarias en los mismos; este sería el caso del Art. 8.2 b) RESE en relación al proyecto de traslado del domicilio de la SE que incluirá *“los estatutos propuestos para la SE, incluida en su caso la nueva denominación”*; el Art. 9.1 b) y c) iii) RESE en relación al sistema de fuentes del RESE, que se regirá *“cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la SE”*; Art. 12. 4 RESE *“Los estatutos de las SE en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan fijado. Cuando en virtud de la Directiva 2001/86/CE se determinen nuevas disposiciones en materia de implicación que sean contrarias a los estatutos existentes, éstos habrán de ser modificados en la medida necesaria”*; Art. 20. 1 h) RESE en relación al contenido del proyecto de constitución de SE por fusión con mención expresa a *“los Estatutos de la SE”* y la misma exigencia en supuestos de SE holding; Art. 39.4 RESE sistema dual *“los estatutos de la SE fijarán el número de miembros del órgano de dirección o las normas para su determinación. No obstante, los Estados miembros podrán establecer un número mínimo, máximo o ambos”*; Art. 40.2 RESE relativo al órgano de control del sistema dual, *“Los miembros del órgano de control serán nombrados por la junta general. No obstante, los miembros del primer órgano de control podrán designarse en los estatutos. ...”* y en el apartado 3 del mismo artículo *“Los estatutos determinarán el número de miembros del órgano de control o las normas para su determinación. ...”*; en el régimen jurídico del órgano de administración del sistema monista, el Art. 43.2 RESE *“Los estatutos de la SE fijarán el número de miembros del órgano de administración o las normas para su determinación. ...”* y en el apartado 3 de ese mismo artículo *“El miembro o los miembros del órgano de administración serán nombrados por la Junta general. No obstante, los miembros del primer órgano de administración podrán designarse en los estatutos...”*; Art. 44.1 RESE *“El órgano de administración 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”*; y sobre la misma materia referida a los sistema de gobierno de la SE, el Art. 46.1 RESE *“los miembros de los órganos serán nombrados por un período establecido en los estatutos, que no podrá exceder de seis años”*, el Art. 47.1 RESE *“Los estatutos de la SE podrán estipular que sociedad u otra entidad jurídica pueda ser miembro de uno de sus órganos, excepto cuando la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro donde esté domiciliada la SE disponga lo contrario”* y en el apartado 3 de este mismo artículo *“... los estatutos de la SE, podrán fijar condiciones particulares para ser elegido miembro en representación de los accionistas”*; Art.48.1 RESE expresamente reconoce que *“Los estatutos de la SE enumerarán las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de*

disposiciones nacionales que lo desarrollan. La Ley 19/2005, no regula el contenido mínimo de los Estatutos sociales de la SE, aunque de forma mediata aluda a ciertos contenidos necesarios inferido por ejemplo de los Arts. 327 a 336 LSA, relativo a la “opción estatutaria sobre el sistema de administración” y de forma inmediata en el Art. 124.5 RRM “... Cuando se trate de una sociedad anónima europea, en los Estatutos se hará constar el sistema de administración, monista o dual, por el que opta. Si se opta por el sistema de administración monista, serán de aplicación las reglas de este artículo. Si se opta por el sistema de administración dual, se hará constar en los Estatutos la estructura del órgano de dirección, así como el plazo de duración del

---

*administración en el sistema monista”; igualmente corresponderá a los estatutos establecer determinadas previsiones acerca del contenido del Art. 50.1 RESE “ Salvo en los casos en los que el presente Reglamento o los estatutos dispongan otra cosa, las normas relativas al quórum y a la toma de decisiones de los órganos de la SE serán las siguientes: ...” y en el apartado 2 del mismo artículo “A falta de disposición estatutaria al respecto, el presidente de cada órgano tendrá voto de calidad en caso de empate. No obstante, no podrá existir ninguna disposición estatutaria en sentido contrario cuando la mitad del órgano de control esté compuesta por representantes de los trabajadores”; Art. 52 in fine RESE “La junta general decidirá asimismo en aquellos asuntos respecto de los cuales se confiera competencia a la junta general de una sociedad anónima a la que se aplique el Derecho del Estado miembro en que se encuentre el domicilio social de la SE, ya sea en virtud de la legislación de dicho Estado miembro, ya sea con arreglo a estatutos conforme a ésta”; el Art. 55.1 in fine RESE para los requisitos de la convocatoria de la junta general “...Los estatutos o la legislación nacional podrán fijar un porcentaje inferior en las mismas condiciones aplicables a las sociedades anónimas”; Art. 56 RESE “ ... Los procedimientos y plazos aplicables a dicha solicitud se fijarán con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro del domicilio social de la SE o, en su defecto, con arreglo a los estatutos de la SE. La legislación del Estado miembro del domicilio social o los estatutos de la SE podrán determinar un porcentaje inferior al anteriormente indicado, en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas”; Art. 59.1 RESE “La modificación de los estatutos requerirá un acuerdo de la junta general adoptado por una mayoría ...” y en el apartado 3 “Toda modificación de los estatutos deberá ser objeto de publicación, de conformidad con el artículo 13” y por último, la referencias contenidas en el Art. 69.d) RESE, que dispone que, antes de los cinco años de su entrada en vigor, la Comisión presentará al Consejo y al Parlamento Europeo un informe sobre su aplicación y, si procede propuestas de modificación, y así entre otras cuestiones, se analizará la conveniencia de “... permitir disposiciones en los estatutos de la SE adoptadas por un Estado miembro en ejecución de las autorizaciones conferidas a los Estados miembros por el presente Reglamento o leyes adoptadas para velar por la efectiva aplicación del mismo respecto de la SE, que se aparten de dichas leyes o las complementen, aun en los casos en que tales disposiciones no se autorizarían en los estatutos de una sociedad anónima con domicilio social en el Estado miembro ...”.*

cargo....". El resto de las menciones necesarias se determina por aplicación del Art. 9 LSA.

El contenido mínimo de los Estatutos sociales de la SE<sup>780</sup> se ajusta al establecido en las legislaciones nacionales por remisión del Art. 15 RESE; no obstante, una clasificación tipológica de las cláusulas estatutarias de la SE de conformidad con lo previsto en el RESE diferenciaría entre:

- Las menciones obligatorias: aquellas que contribuyen a la caracterización morfológica y funcional de la SE, como la denominación social, el objeto social, cifra del capital social, régimen jurídico de la acciones, sistema de organización de la administración social (dual o monista) y la relativa a la información sobre el sistema de implicación de trabajadores ajustado a la DITSE.

- Las menciones condicionalmente obligatorias: aquellas que son exigidas por la legislación del domicilio social de la SE que, en caso español, se vinculan a las menciones relativas a la duración de la sociedad, fecha de comienzo y cierre del ejercicio social, restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, las prestaciones accesoria y ventajas de los fundadores.

- Las menciones facultativas<sup>781</sup>: aquellas que quedan dentro de la esfera de la autonomía de voluntad social siempre que no contravengan las normas imperativas de las materias reguladas por el RESE (Art. 9.1.b) RESE). El ámbito de la autonomía estatutaria (Art.9.1c.iii RESE) viene regulado por el Derecho del Estado de la sede social que, en el supuesto español, es el contenido en el Art. 10 LSA.

A continuación analizamos solo alguno de los contenidos obligatorio como la denominación social, el objeto social y el capital social; para el resto de menciones obligatorias (domicilio social, sistema de gobierno e información sobre la implicación de los trabajadores) nos remitimos a lo ya analizado en capítulos anteriores.

---

<sup>780</sup> Vid. BOQUERA MATARREDONA, J "Personalidad jurídica, inscripción, estatutos,...", ob.cit., nota núm. 39, págs. 109-111.

<sup>781</sup> Vid. HERNANDO CEBRIÁ, L., "Aspectos sustantivos de la configuración estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm.692, nov.-dic., 2005, págs.1817-1859; NAVARRO LÉRIDA, M.S., *El proceso ...*, ob.cit., pág. 147-151.

a) *La denominación de la SE.*

La denominación social es el elemento o derecho “personalísimo”, propio y específico de la sociedad que permite tanto su individualización como identificación del tipo societario. El Art. 11 RESE se ocupa de la denominación de la SE, que se identifica por incluir precisamente en su denominación estas siglas “SE”, apareciendo delante o detrás de la denominación y únicamente para este tipo societario. En los supuestos de sociedades u otras entidades jurídicas registradas en un Estado miembro con tales siglas antes de la entrada en vigor del RESE, el Art.11.3 RESE establece que no están obligadas a modificar su denominación<sup>782</sup>. No obstante, el RESE, como destaca la doctrina<sup>783</sup>, no prevé los supuestos de identidad de denominaciones de SE domiciliadas en diferentes Estados miembros y a estos efectos sin la existencia de un Registro Europeo de Sociedades, ni de un Registro de denominaciones de las SE, unido a la ausencia

---

<sup>782</sup> Vid. MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La Sociedad Anónima ...”, ob. cit., pág. 178, en relación con esta previsión del Art. 11.3 RESE, señala que el legislador comunitario la hace tan solo para “evitar litigios que podrían empañar la imagen de la SE, pues parece perdido el caso en el que se quisiera prohibir a una sociedad el uso de las siglas “SE” en su denominación, si ya lo hacía antes de la entrada en vigor del RESE, salvo que acudiese a razones de orden público o interés general y se impusiera autoritariamente por el legislador el cambio de denominación. Esta condescendencia ha sido juzgada por algún autor como muestra del desaliento del legislador comunitario de 2001,. Vid. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA, I., “El futuro del Derecho de Sociedades..”, ob. cit., pág. 5; AGUILÓ PIÑA, “La Sociedad anónima Europea..”, ob.cit., pág.1801, quién considera que “habría sido mucho más lógico limitar la exención de que se trata a las sociedades que ya hubieran existido con las referencias características a la fecha de publicación del RESE en el DOCE, mediante una norma inmediata, pues desde la publicación hasta la entrada en vigor del RESE en el 2004, pueden constituirse sociedades que incluyan dolosamente las siglas SE en su denominación y se favorezcan de la concesión del artículo 11.3 del RESE”.

<sup>783</sup> Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., “Personalidad jurídica, inscripción, estatutos y publicidad registral...”, ob.cit, pág. 105; VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Características generales de la SE...”, ob. cit., pág. 112, cuestiona y critica que el RESE no haya regulado el delicado problema de la identidad de denominaciones entre las SE, cuestión por otro lado, tratada en las legislaciones nacionales y aplicable por la remisión del sistema de fuentes, pero entiende el autor que habría sido conveniente impedir desde el propio RESE como en el ámbito interno ocurre para las sociedades nacionales – artículos 407 y 408 RRM-, la identidad de denominaciones con la finalidad de proteger no solo los intereses de los terceros en el tráfico a partir de la denominación societaria que permita su perfecta identificación, sino para evitar el aprovechamiento indebido de la reputación empresarial ajena.

de una obligación de coordinación entre los Registros nacionales en esta materia, la única solución posible pasa por recurrir al Derecho de la competencia de cada uno de los Estados miembros, además de las previsiones específicas de las legislaciones nacionales, conforme a lo dispuesto en el considerando 18 RESE: “... conviene garantizar que todos los Estados miembros apliquen a las infracciones de las disposiciones del presente Reglamento las sanciones aplicables a las sociedades anónimas sometidas a su legislación”. A nivel comunitario, únicamente la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas es la que tiene conocimiento de todas las denominaciones de las SE, pero carece de competencias para dirimir cualquier cuestión de identidad de denominaciones ya que la comunicación a esta Oficina y la consiguiente publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea tiene efectos meramente informativos (Art.14 RESE).

En los supuestos de SE domiciliadas en España, el Art. 314.4 LSA establece que no se inscribirán en el Registro mercantil una SE que vaya a tener su domicilio en España cuya denominación sea idéntica a la de otra sociedad española preexistente. Prohibición que está en consonancia con lo previsto en nuestra legislación nacional en el Art. 2.2 LSA<sup>784</sup>. En todo caso, la SE hará constar su denominación al inscribirse en el Registro del país donde establezca su domicilio social, añadiendo al cumplimiento de las disposiciones nacionales sobre publicidad y registro, la publicación de la inscripción a título informativo en el Diario Oficial de la Unión Europea (Art.14.1 RESE”).

*b) El objeto social de la SE.*

La determinación del objeto social en las sociedades de capital y en general en cualquiera otra modalidad asociativa, permite fijar el ámbito de su actuación y

---

<sup>784</sup> Para el supuesto de una SE domiciliada en España se aplicarán no solo estas previsiones sobre unidad de denominación, novedad, identidad y preexistencia, sino también las normas sobre signos distintivos y clases de denominaciones (subjetivas y objetivas) e indicación de la forma social establecida, de conformidad con los artículos 2.2 de la LSA y los artículos 398 a 403 RRM, así como las prohibiciones impuestas por los artículos 404 a 408 RRM. Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., “Personalidad jurídica, ..., ob. cit., págs. 102 -103.

actividad desarrollada en el mercado. Esta delimitación formal es la respuesta a las razones de seguridad jurídica<sup>785</sup> exigidas por el tráfico mercantil.

El objeto social es una mención obligatoria de los Estatutos de las sociedades anónimas (Art. 9 LSA y Arts. 116 y ss. RRM) que se hace constar mediante la determinación “clara y precisa”<sup>786</sup> de las actividades que lo integran. Al legislador comunitario “no parece importarle la clase de actividades a las que se dedique”<sup>787</sup> la SE y únicamente establece ciertas cautelas de conformidad con los Ordenamientos nacionales (capital suscrito superior para las sociedades que ejerzan determinadas actividades- Art-4.3 RESE y D.A primera de la Ley 19/2005). En todo caso, la SE está pensada para aquellas empresas “cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales” de tal forma que “puedan concebir y llevar a cabo la reorganización de sus actividades a escala comunitaria”.

Por otro lado, al margen de las consideraciones legales específicas del objeto social comunes a cualquier tipo societario y específicas de la SE, el objeto social de la SE-holding y de la SE-filial, plantea algunos interrogantes dependiendo del carácter o finalidad pretendida con estas modalidades.

En los supuestos de SE holding, entendemos que será precisamente en el objeto social donde se define el “tipo y funcionalidad propia”<sup>788</sup> de la SE-holding, tanto si es una holding de dirección cabecera de un grupo de sociedades, o si es una mera SE-holding financiera o patrimonial titular de una cartera de inversión compuesta por las participaciones en otras empresas sin ejercitar ningún tipo de influencia de orden estratégico u operativo de las decisiones del grupo.

---

<sup>785</sup> Vid. LEÓN SANZ, F.J., “El objeto social” AAVV., Dir, ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario ...*, ob. cit., págs. 811-820, para quien el principio de seguridad jurídica se ha de ponderar en “función de los intereses de los terceros en la confianza de que la persona jurídica desarrolla la actividad en el tráfico sin restricciones injustificadas ni con la carga de tener que conocer las limitaciones a que eventualmente pudieran encontrarse sometidas por las disposiciones impuestas por la propia asociación”.

<sup>786</sup> Vid. RDGRN de 22 de julio y 10 de septiembre de 1991 (R.J. 1991, 5446 y 6233), entre otras.

<sup>787</sup> Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., “Personalidad jurídica, inscripción, estatutos ...”, ob. cit., pág. 112.

<sup>788</sup> En relación a la clasificación funcional de las sociedades holding, Vid. NAVARRO LÉRIDA, S., “Sociedad holding ...”, ob. cit., pág. 1161.



El objeto social de una SE-filial se condiciona por su naturaleza como “técnica de organización de una alianza empresarial”, esto es, como fórmula de cooperación empresarial a nivel comunitario, donde el objeto social y en general el contenido de sus estatutos sociales se “personalizan” para alcanzar los objetivos estratégicos de las entidades promotoras<sup>789</sup>.

*c) El régimen jurídico del capital social de la SE.*

El régimen de la SE, tal y como se contempla en el considerando 13 del RESE, es el de una “sociedad de capital por acciones” como tipo societario que mejor que se adapta desde el punto de vista financiero y de gestión a las necesidades de las empresas de dimensión europea. El capital social es utilizado por el legislador comunitario no sólo como elemento de caracterización del tipo societario – capitalista-, sino también como elemento para dimensionar la nueva estructura societaria creada. El capital mínimo de la SE se utiliza desde las propuestas iniciales de los años 70 como elemento disuasorio para las pequeñas y medianas empresas al concebir inicialmente la SE para la gran empresa de dimensión europea<sup>790</sup>.

Los Arts. 4 y 5 RESE y el Art.67.1 RESE son las únicas disposiciones que hacen referencia al capital. El apartado primero del Art. 4 RESE, establece que el capital de la SE se expresará en euros, como no podía ser de otro modo, por ser la moneda común en la Unión Europea. No obstante, ante la existencia en la Unión de diversos Estados que no disfrutaban de la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria, el Art. 67.1 RESE, permite que los Estados miembros puedan aplicar a las SE domiciliadas en su territorio, “*las mismas disposiciones que se aplican a las sociedades anónimas sometidas a su ordenamiento por lo que se refiere a la expresión de su capita. En todo caso, la SE también podrá expresar su capital en euros. En tal caso, el tipo de cambio entre la moneda nacional y el euro será el del último día del mes anterior a la constitución de la SE*”, por lo que será posible la expresión en la moneda nacional

---

<sup>789</sup> Vid. PAULEAU, CH., « Incidencia del Derecho ... », ob. cit., pág. 305.

<sup>790</sup> Vid. El considerando número 13 RESE declara que por medio de la cifra de capital mínimo de la SE se busca “garantizar una dimensión razonable a este tipo de empresas”, y asegurar que disponen de un patrimonio suficiente. La dimensión razonable es una clara alusión a la grandes empresas, a pesar de que ello no “ponga trabas a la constitución de SE por parte de las pequeñas y medianas empresas”.

sin perjuicio de poder expresarse también en euros. El apartado segundo de este mismo Art. 67 RESE, establece las mismas previsiones en materia de confección y publicación de las cuentas anuales.

Las diversas funciones jurídicas atribuidas al capital social (garantía de acreedores, límite de la responsabilidad de los socios por deudas sociales, participación, etc.) estarán garantizadas por el establecimiento de un capital social mínimo único de 120.000 euros, independientemente de la modalidad de constitución seleccionada<sup>791</sup>, expresado precisamente en esta moneda, y sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establezcan para las SE domiciliadas en su territorio, un capital social suscrito superior en atención al tipo de actividad desarrollada por la SE<sup>792</sup>. EL RESE no establece una distinción entre el capital suscrito y el desembolsado, entendiendo que el RESE se refiere al capital suscrito, sin especificar nada ante la posibilidad de la existencia de capital social sin suscribir o sin desembolsar, cuestiones éstas que se regularán por las disposiciones sobre la materia en las legislaciones nacionales.<sup>793</sup>

Precisamente serán las disposiciones nacionales sobre capital social de las sociedades anónimas del Estado miembro en el que esté registrada la SE<sup>794</sup>, las aplicables a la SE en todos aquellos aspectos relativos al mantenimiento, modificación, suscripción de acciones, obligaciones y cualquier otro título

---

<sup>791</sup> Cabe mencionar en este punto, como en las propuestas anteriores de los años 70 se fijaba un capital social mínimo de 500.000 Ecus en la modalidad de constitución por fusión o holding y de 250.000 Ecus para la constitución de la filial común, llegando incluso al millón de Ecus en el proyecto Sanders.

<sup>792</sup> En consideración a las actividades empresariales u objeto social de cierta transcendencia –económico, política, social, etc.- que aconsejan que tales sociedades tengan un fuerte respaldo patrimonial, y en tales supuestos suelen ser leyes especiales las que dispongan que su cifra de capital mínima sea superior a la exigida a las sociedades anónimas comunes (banca, seguros, agencias de viaje, etc.). Vid. MARTÍNEZ –ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La Sociedad europea...”, ob. cit., pág. 175, advierte que a la vista del Segundo Informe Winter en la que se recomienda una profunda de las normas relativas al capital legal- capital mínimo- en Europa, o directamente su abolición, conviene relativizar la importancia del capital social mínimo en la SE.

<sup>793</sup> Vid. VELASCO SAN PEDRO, L.A., “Características generales de la sociedad europea...”, ob. cit., pág. 107; OLAVARRÍA IGLESIA, J., “El capital social y las cuentas anuales de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, AAVV, Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea...*, ob. cit., pág. 129.

<sup>794</sup> En los supuestos de SE domiciliada en España por los Arts.12, 40, 151 y 170 LSA.

asimilable (Art. 5 RESE). La justificación de esta remisión directa a la legislación nacional del domicilio de la SE por parte del legislador comunitario se encuentra en la armonización del Derecho de Sociedades sobre esta materia merced a la Segunda Directiva<sup>795</sup>, tal y como consta el considerando 9 del RESE “... los trabajos de aproximación de los Derechos nacionales han progresado considerablemente, de manera que puede hacerse una remisión a la legislación sobre sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social para todo aquello que afecte a la SE en los ámbitos en los que funcionamiento no exija la existencia de normas comunitarias uniformes”.

En el RESE encontramos otra mención sobre la efectividad del capital social en los supuestos de transformación de una sociedad anónima en SE, y a tal efecto, el Art. 37.6 RESE prevé que antes de la celebración de la Junta general que aprobará el proyecto de transformación, es necesario certificar por uno o más peritos independientes “que la sociedad dispone de los activos netos que correspondan, como mínimo, al capital aumentado con las reservas que la legislación o los estatutos no permitan distribuir”<sup>796</sup>.

Por último, y en cuanto que el capital social es mención de los Estatutos sociales (y/o del acto constitutivo), cualquier situación de aumento o reducción del capital social, lleva implícita una modificación estatutaria sujeta a los requisitos previstos en el Art. 59 RESE relativa a las mayorías necesarias en la Junta general para las modificaciones estatutarias de la SE<sup>797</sup>.

---

<sup>795</sup> Vid. Directiva 2006/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital, DOUE de 25 de septiembre de 2006; RODRIGUEZ DÍAZ, I., “El fenómeno de la adquisición derivativa de acciones propias. La Directiva 2006/68/CE modificadora de la segunda Directiva sobre el derecho de sociedades y su incidencia en el ordenamiento jurídico español”, *RdS*, núm. 27, 2006-2, págs. 237-271.

<sup>796</sup> En el mismo sentido se regula en el Art. 326.2 de nuestra LSA: “Uno o más expertos independientes, designados por el registrador mercantil del domicilio de la sociedad que se transforma, certificarán, antes de que se convoque la junta general que ha de aprobar el proyecto de transformación y los estatutos de la sociedad anónima europea, que esa sociedad dispone de activos suficientes, al menos, para la cobertura del capital y de las reservas de la sociedad anónima europea”.

<sup>797</sup> Concretamente el Art. 59 RESE, establece que “1. La modificación de los estatutos requerirá un acuerdo de la junta general adoptado por una mayoría que no podrá ser inferior a dos tercios de los votos emitidos, salvo que la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado

#### D. Inscripción registral y publicidad formal de la SE.

La SE queda formalmente constituida con la inscripción en el Registro nacional del domicilio social de la SE y publicidad formal de ámbito nacional y comunitaria. La inscripción es un momento trascendental en el proceso constitutivo de la SE donde se realiza el control de legalidad de todo el proceso por parte del Registrador autorizante, especialmente el cumplimiento de los requisitos sobre implicación de los trabajadores, y además la SE adquiere la personalidad jurídica (Art. 16 RESE), y no en el momento posterior de la publicación.

Las primeras propuestas de Estatuto de la SE<sup>798</sup> aludían a la creación de un Registro comunitario de sociedades dependiente del TJCE donde se inscribiera la SE y los hechos inscribibles relativos a ella. La naturaleza híbrida comunitario-nacional del RESE se confirma una vez más en sede registral por la remisión expresa del Art.12.1 RESE “*Toda SE deberá estar registrada en el Estado miembro de su domicilio social en el registro que señale la legislación de ese Estado miembro a tenor del artículo 3 de la Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, ...*”. Esta remisión expresa y global a la legislación nacional no se fundamenta en la existencia de un Derecho registral armonizado, por el contrario se asume la dispersión normativa de materia a excepción del Art. 3 de la Primera Directiva<sup>799</sup>.

---

*miembro del domicilio social de la SE prevea o permita una mayoría más amplia. 2. No obstante, un Estado miembro podrá disponer que cuando esté representada la mitad por lo menos del capital suscrito, sea suficiente la mayoría simple de los votos indicados en el apartado 1. 3 Toda modificación de los estatutos deberá ser objeto de publicación, de conformidad con el artículo 13”.*

<sup>798</sup> Así se establecía en el considerando 11 y en el artículo 8 de la Propuesta de 1970-COM (1970) 600 final-; Vid. MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La Sociedad Anónima Europea I: ...”, ob. cit., págs. 180-185; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y “nacionalidad” de la SE ...”, ob. cit., págs. 250-252.

<sup>799</sup> Vid. MARTÍNEZ ECHEVARRÍA Y GARCÍA DUEÑAS, A., “La sociedad anónima europea ...”, ob. cit., pág. 181, BOQUERA MATARREDONA, J., “Personalidad jurídica, inscripción, estatutos ...”, ob. cit., pág. 99.

En torno a la problemática y cuestiones que suscita el Derecho registral a nivel comunitario, es muy interesante la aportación de la nueva dogmática del Derecho internacional del Registro Mercantil, entendida como “*aquella parte del Derecho conflictual (o internacional privado) cuyo objeto específico es el estudio de los problemas planteados por la inscripción de los empresarios que operan en el tráfico internacional en la correspondiente oficina registral (nacional)*”, enfrentándose en todo caso a dos problemas básicos: “el de la

La consecuencia directa de la inscripción registral de la SE con los requisitos establecidos en el Art.12 RESE, es la adquisición de la personalidad jurídica por parte de la SE “a partir del día en que se haya inscrito”, tal y como establece el Art.16 RESE. Las condicionantes de inscripción de la SE se establecen por la legislación nacional del Estado de la sede social de la SE (caso español, la SE se inscribe en el Registro Mercantil del domicilio social, -Art.314 LSA<sup>800</sup>- condicionado a los requisitos subjetivos de legitimación para la inscripción y objetivos sobre títulos inscribibles –artículos 94, 95, 114 RRM<sup>801</sup>-) y la condición suspensiva comunitaria del Art. 12.2 RESE relativa a la necesaria “...celebración de un acuerdo de implicación de los trabajadores en virtud del artículo 4 de la Directiva 2001/86/CE, se haya tomado una decisión en virtud del apartado 6 del artículo 3 de la mencionada Directiva o haya expirado el periodo de negociaciones conforme al artículo 5 de la Directiva sin que se haya celebrado ningún acuerdo”. Este artículo garantiza el cumplimiento del principio de que “no puede haber SE sin implicación de los trabajadores”<sup>802</sup>; no obstante, el apartado 3 de este Art. 12 RESE, es un reflejo de la cláusula “opting out” prevista en la Directiva, por la que se permite a los Estados miembros la no transposición a sus Ordenamientos internos de las “disposiciones de referencia para la participación” prevista en la parte tercera del Anexo de la DITSE (Art. 7.3 Directiva 2001/86/CE), provocando el conflicto entre dos intereses: por un lado, el respeto a las

---

competencia registral internacional y el del Derecho aplicable a la publicidad (registral) de los hechos (registrales) internacionales” Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Domicilio y nacionalidad de ...”, ob. cit., págs. 230 y 231-271.

<sup>800</sup> El Art. 314.1 LSA establece que, “en el Registro mercantil se depositará el proyecto de constitución de una sociedad anónima europea que vaya a tener su domicilio en España”, y a continuación añade en el apartado 2 que “la constitución y demás actos inscribibles de una sociedad anónima europea que tenga su domicilio en España se inscribirán en el Registro mercantil conforme a lo dispuesto para las sociedades anónimas”.

<sup>801</sup> El nuevo apartado 3 del Art. 114.RRM, incorporado por Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, que modifica el RRM para su adaptación a las disposiciones de la Ley 19/2005, incide en las particularidades de la inscripción de la SE respecto de la implicación de los trabajadores, de tal manera que se exige una calificación por parte del Registrador sobre tales extremos y ello de conformidad con el artículo 12.2 RESE y el artículo 314 LSA.

El Registrador Mercantil cumple también un papel fundamental como garante de la legalidad en los procedimientos de traslado del domicilio social de la SE ex artículo 8.2 y 7 RESE, y de los artículos 315.2 y 316.2 LSA, éstos últimos desarrollados con más detalles en los artículos 160 bis y 161.2 RRM.

<sup>802</sup> Vid. ANSÓN PEIRONCELY, R., *La Sociedad Anónima ...*, ob. cit., págs. 112 -113.

tradiciones nacionales en los Estados miembros ajenos a sistemas de participación de los trabajadores en la gestión de la sociedad; por otro lado, la Directiva que también garantiza el respeto a los derechos adquiridos sobre la participación de los trabajadores que se integran en la SE. Estos derechos de participación se deben mantener en la SE, lo que puede lograrse por dos vías: a) por acuerdo de las partes, o b) por aplicación de las disposiciones de referencia sobre la participación. En los procedimientos de constitución de una SE-fusión, la implicación de los trabajadores puede igualmente condicionar la inscripción de la SE, en los supuestos en los que los órganos sociales de la SE decidan no aprobar el sistema de implicación dispuesto, cuando dicha facultad se haya reconocido a favor de las juntas generales de las sociedades participantes en la fusión (Art. 23.2 RESE).

Una de las cautelas que expresamente nos recuerda el RESE para proceder a la lícita inscripción de la SE, son las contenidas en los apartados 2, 3 y 4 del Art. 12 RESE, en relación a los acuerdos adoptados en materia de implicación de los trabajadores para que el contenido de los Estatutos sociales no contradiga lo acordado en la Comisión negociadora. En estos casos los Estados miembros podrán disponer que el órgano de dirección o el órgano de administración de la SE esté facultado para modificar los Estatutos sin nuevo acuerdo de las juntas generales de accionistas. Esta última previsión del apartado 4 in fine del artículo 12 RESE, no ha sido utilizada por nuestro legislador, pero nada impide que la junta general que decida sobre la constitución de la SE, acuerde además una delegación expresa a favor de del órgano de administración en relación con esta materia (similar al capital autorizado o delegación de competencias de la junta general a favor de los administradores previsto en el artículo 153 LSA<sup>803</sup>).

#### V. LOS MECANISMOS DE PUBLICIDAD NACIONAL Y COMUNITARIA DE LA SE.

El régimen general de la publicidad formal de la SE regulado por los Arts.13 y 14 RESE, utiliza la misma técnica legislativa que en la inscripción, mediante el

---

<sup>803</sup> Vid. GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., "Capital autorizado" AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de ...*, ob. cit., pág. 282 a 286; MACHADO PLAZAS, J., "Comentario al artículo 153 LSA", AAVV. Coord. ARROYO I./ EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades ...*, ob. cit., págs. 1591-1598.

reenvío a la legislación nacional, así, para *“los actos y datos inscribibles relativos a la SE que conforme al Reglamento deban hacerse públicos, se publicarán de acuerdo con la legislación del Estado del domicilio social de la SE, ajustándose a las previsiones de la Primera Directiva de Sociedades 68/151/CEE<sup>804</sup>”*. En sede de constitución, el Art. 15.2 RESE establece la obligación de publicación de la inscripción de acuerdo con los requisitos del Art.13 RESE, que en definitiva son los requisitos legales exigidos a la publicidad formal de las SA domiciliadas en un Estado miembro (en el supuesto de domicilio social en España se estará a lo dispuesto sobre esta materia en el RRM y LSA).

A los efectos que nos interesan en este apartado sobre requisitos del procedimiento de constitución de una SE sujetos a publicidad formal, cabe mencionar algunas precisiones:

- En los supuestos de constitución de SE-fusión, el hecho del depósito del proyecto de fusión (Art. 314.1 LSA y Art. 226 RRM ) será objeto de publicación en el BORM en los casos de sociedades españolas que participen en la fusión; publicación a la que se incorpora los datos relativos a cada una de las sociedades que se fusionen exigidos en el Art. 21 RESE, esto es, a) la forma, denominación y domicilio de las sociedades que se fusionen, b) el Registro y número de inscripción de cada una de las sociedades que se fusionen, c) las condiciones de ejercicio de los derechos de los acreedores de la sociedad de que se trate conforme al artículo 24 RESE, d) las condiciones del ejercicio de los derechos de los accionistas minoritarios de la sociedad de que se trate de conformidad con el artículo 24 RESE, y e) la denominación y domicilio social previstos para la SE. El Art.230 RRM relativo a los *“Documentos complementarios para la inscripción”* añade un nuevo apartado 2 en los siguientes términos: *“En el caso de constitución de una sociedad anónima europea mediante fusión que vaya a fijar su domicilio en España, se acompañarán los certificados de las autoridades correspondientes al domicilio de sus sociedades extranjeras participantes en la fusión acreditativos de la legalidad del procedimiento con arreglo a la ley aplicable y de los asientos vigentes obrantes en el*

---

<sup>804</sup> Modificada por Directiva 2006/99/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006 (DOUE L 363, de 20 de diciembre de 2006), que incorpora los medios electrónicos para la transmisión de la información y documentación objeto de inscripción y de publicación.

*Registro de procedencia, así como el informe o informes del experto o expertos independientes*” en consonancia con el contenido de los Arts.322 LSA y 26 RESE.

- Por lo que respecta a la constitución de una SE-holding, el Art.131 bis RRM, llama la atención su inclusión en la sección 2 del capítulo IV “*De la inscripción de las Sociedades anónimas*” correspondiente a “*la inscripción de la fundación sucesiva*”<sup>805</sup>, en la pretensión del legislador español de incluirla por su similitud en el marco de los procesos de fundación *ex novo* de las sociedades anónimas y lejos de considerar a la SE-holding como una modalidad más dentro de las operaciones de reestructuración o de modificación estructural de sociedades preexistentes (Capítulo VII, “*De la transformación, fusión y escisión de sociedades*”). En consonancia con las posturas doctrinales que reconocen a la SE-holding su vinculación con las reestructuraciones empresariales, el Art. 131.1 bis RRM (amplia lo dispuesto en los Arts. 323.1 LSA y 32.3 RESE) referido al depósito y publicación del proyecto de constitución de la SE-holding, establece que se registrará precisamente por lo establecido en el Art. 226 RRM, esto es, por la normas que regulan “*el depósito del proyecto de fusión*”. Otras de las cuestiones relacionadas con la publicación de los actos inscribibles durante el desarrollo del procedimiento de constitución de una SE holding, y que ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Dirección General de los Registros y Notariado<sup>806</sup>, es el requisito del Art. 33.3 RESE, según el cual “*Si de conformidad con*

---

<sup>805</sup> Vid. EMBID IRUJO, J. M., “La constitución de la Sociedad Anónima Europea por creación de una holding y por fundación de filial común”, AAVV, Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad anónima ...*, ob. cit., págs. 197- 198. Para este autor el posible parentesco de la SE holding con el procedimiento de fundación sucesiva de una sociedad anónima es más aparente que sustancial o real, puesto que la oferta de suscripción de acciones de la SE holding que se pretende constituir, no se formula indiscriminadamente a todo potencial inversor interesado, sino únicamente a los socios de las sociedades promotoras de la constitución de la SE holding, y además, los intereses que se protegen en la fundación sucesiva son únicamente los de los futuros suscriptores, mientras que en el supuesto de SE holding se amplía a los acreedores y trabajadores de las sociedades promotoras. En contra la posición sostenida en la tesis doctoral recientemente publicada de NAVARRO LÉRIDA, M.S., *El proceso de constitución de una Sociedad Europea Holding*, Monografía asociada a *RdS*, núm. 31, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág.

<sup>806</sup> Vid. RDGRN de 22 de enero de 2008 (R.J. Aranzadi 2008/2093) estimatoria del recurso interpuesto por el administrador solidario de la sociedad “CarCar Marketing S.L.” - empresa promotora en la constitución de “Huber Group Holding SE” con domicilio en Alemania-, ante la negativa del Registrador Mercantil de Mallorca de



el apartado 2, se cumplen todas las condiciones para la constitución de la SE, ello será objeto de publicación por parte de cada una de las sociedades promotoras, con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional del domicilio de cada sociedad que se haya adoptado de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE". Esta previsión del RESE, como ha destacado la D.G.R.N. en la resolución mencionada, "es insuficientemente clara y explícita", sin que además tal extremo haya sido objeto de regulación en la reforma de la LSA y del RRM llevado a cabo en nuestro Ordenamiento, que por otro lado, de haber existido "sería aplicable únicamente a los supuestos de SE domiciliadas en España", no siendo éste el supuesto que plantea la publicación del artículo 33.3 RESE. Por lo que respecta a la concreta interpretación y aplicación de la exigencia de publicidad contenida en el artículo 33.3 RESE (la polémica interpretación de que "se cumplen todas las condiciones para la constitución de la SE", debe ser entendida en el marco de un proceso de fundación de una SE-

---

inscribir y publicar dos escrituras autorizadas por el Notario alemán (de Neu- Ulm –RFA), en las que se eleva a público el acuerdo de la Junta General Universal de "CarCar Marketing SL" de aprobar el proyecto y estatutos de constitución de "Huber Group Holding SE", conforme al proyecto depositado en su día en el Registro Mercantil de Mallorca, así como la aportación a la misma de determinadas participaciones sociales del capital de aquella; en la segunda de las escrituras se formaliza la enajenación a la SE holding de las participaciones de "CarCar Marketing SL" cuya transmisión se ha acordado. La negativa del Registrador Mercantil de Mallorca a la inscripción y publicación de ambas escrituras al amparo del artículo 33.3 RESE, se fundamenta en la ausencia de una regulación expresa sobre esta publicación en la Ley 19/2005 de 14 de noviembre (cuestión que no es determinante por el efecto directo del Reglamento comunitario), pero entiende que "en todo caso, estando condicionada esa publicación a que se cumplan todas las condiciones para la constitución de la SE, entiende este Registrador que entre ellas habrá de incluirse la efectiva constitución de la sociedad con arreglo al ordenamiento jurídico de su sede social, por lo que habrá que acreditarse que "Huber Group Holding SE" ha quedado inscrita en el Registro de sociedades correspondiente o bien que conforme a ese ordenamiento la sociedad ha de considerarse constituida con el otorgamiento de la escritura correspondiente y el acuerdo de aportar a la misma las acciones o participaciones de las sociedades promotoras". Por su parte la DGRN estima el recurso y revoca la calificación del Registrador mercantil de Mallorca, entendiendo acertadamente que ni "la LSA, ni el RRM prevén tras sus respectivas reformas, trámite alguno para dar publicidad al hecho del cumplimiento de los requisitos precisos para la constitución de la SE holding, pero el Registrador no puede condicionar a la efectiva constitución e inscripción de la SE en el Registro del domicilio, pues dicha inscripción es el corolario o consecuencia del proceso constitutivo llevado a cabo por las sociedades implicadas en sus respectivos Registros". Vid. NAVARRO LÉRIDA, M.S., "El control del cumplimiento ...", ob.cit., págs. 467 - 482.

holding articulado en fases sucesivas desarrolladas a nivel nacional y común<sup>807</sup>, de tal suerte que en las fases nacionales desarrolladas por las sociedades promotoras en el procedimiento de constitución se exigirá, como requisito previo a la inscripción y publicidad definitiva de la SE-holding en el domicilio social proyectado, la constatación por parte de cada una de las autoridades nacionales y según su Ordenamiento del cumplimiento de las condiciones de la constitución de la SE-holding exigidos en la fase nacional, esto es, la constatación de la elaboración de un proyecto conforme al contenido establecido en el RESE, la aprobación del proyecto, la concesión a los socios de la sociedad promotora del plazo previsto de tres meses y la aportación de las acciones o participaciones en el porcentaje de derechos de voto permanentes fijado para cada sociedad en el proyecto al término del plazo trimestral previsto<sup>808</sup>.

- En los supuestos de constitución de una SE por transformación de SA, se exige al igual que en los supuestos anteriores la publicación del hecho del depósito de proyecto (Art. 326.1 LSA por remisión al 323 LSA y 37.5 RESE), y el nuevo Art. 224 bis RRM, al igual que en el supuesto de SE-holding, para el proyecto de transformación establece que se depositará en el Registro mercantil correspondiente a su domicilio social y se registrará por lo establecido en el Art.226 RRM. Por otro lado, en el apartado segundo del Art.224 bis RRM, establece que *“Para la inscripción de la sociedad anónima europea resultante de la transformación se incorporarán a la escritura el informe de los administradores y la certificación de los expertos que se regulan en el artículo 226 de la Ley de Sociedades anónimas”*.

- Respecto de la constitución de SE-filial común, las escuetas referencias del RESE no contiene ninguna disposición específica sobre esta materia, tan solo la remisión del Art.36 RESE al Derecho nacional que regule la participación de cada una de las entidades participantes en la constitución de una filial en forma de sociedad anónima. Aunque la Ley 19/2005 no regula esta modalidad de constitución de manera expresa, al menos con carácter general, el RRM incorpora el Art.309 bis con la siguiente redacción: *“La constitución y demás actos inscribibles de una sociedad anónima europea filial se inscribirán en el Registro Mercantil de su domicilio conforme a lo dispuesto para la sociedades anónimas, identificando a las*

---

<sup>807</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, S.M., *El proceso de constitución...*, ob.cit., págs. 347 y ss.

<sup>808</sup> Vid. NAVARRO LÉRIDA, S.M., *“El control del ...”*, ob.cit., págs. 473- 474.

*sociedades o entidades matrices conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de este Reglamento*". La localización de este Art. 309 bis RRM en la sección dedicada a los empresarios extranjeros, del Capítulo XI "De la inscripción de las sucursales y de los empresarios extranjeros" del RRM, nos merece las mismas precisiones que en el caso de SE-Holding ya comentado, cuando su sede natural serían las modificaciones estructurales.

En esta materia sorprende que tratándose la SE de un único tipo societario común sometido a una normativa uniforme como es el RESE, el legislador español haya dispersado tanto el régimen jurídico aplicable en sede registral, dependiendo de la modalidad de constitución seleccionada. Y ello se acentúa más si consideramos que la Ley 19/2005 para la SE domiciliada en España queda regulada en un único Capítulo XII de la LSA. La dispersión del RRM no se traduce sino en una deslocalización jurídica o dispersión de las disposiciones de la SE en el texto del RRM, pero la naturaleza jurídica de la SE como instrumento de reestructuración y cooperación empresarial comunitario no se puede ver afectada por este motivo.

Por último, junto a las previsiones de publicidad formal a nivel nacional respecto de las sociedades o entidades participantes en la constitución de una SE y lo establecido para el desenvolvimiento de la SE (inscripción, baja, traslado, modificación de los estatutos, etc.), el Art. 14 RESE añade además la obligación de que la inscripción, la baja y el traslado del domicilio de una SE se publique a título informativo en el Diario Oficial de la Unión Europea<sup>809</sup>. El contenido del anuncio se remitirá a la Oficina de Publicaciones Oficiales de la Unión en el mes siguiente a la publicación a la que se refiere el artículo 13 RESE. En todo caso, el contenido del anuncio y por tanto objeto publicación será: la denominación social de la SE, el número, la fecha y lugar de inscripción de la SE, la fecha, el lugar y el título de

---

<sup>809</sup> Esta segunda publicación a nivel comunitario, calificada por la doctrina como "complementaria e inútil" a la vez que "absurda" contribuye a perpetuar y complicar el anacrónico sistema de publicidad-publicación de la Primera Directiva de Sociedades, proponiendo la creación y a la vista de los recursos disponibles actuales de un portal registral europeo en Internet; Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Domicilio y nacionalidad de la SE ...", ob. cit., págs.255 - 263; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "El Derecho Internacional del Registro Mercantil y la publicidad registral de la Sociedad Anónima (Societas Europaea)", RDM, núm. 248, abril-junio, 2003, págs. 548 y ss.

la publicación, el domicilio social de la SE y su sector de actividad<sup>810</sup>. En el Ordenamiento español corresponde al Registro Mercantil Central (cfr. Art.379 apartado e) RRM) la comunicación a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas de los datos referidos en el Art. 14 RESE.

#### VI. LA SE EN FORMACIÓN Y LA SE IRREGULAR.

El régimen jurídico de la SE en formación y SE irregular está presidido por la remisión genérica del Art. 15 RESE a las legislaciones nacionales<sup>811</sup>. El RESE no alude expresamente a ninguna de estas dos categorías "*sui generis*" de sociedades, tan sólo se limita a establecer en el Art. 16.2 RESE que "*En el caso de que se hayan realizado actos en nombre de la SE antes de su inscripción con arreglo al artículo 12 y que, después de dicha inscripción la SE no asuma las obligaciones que se deriven de dichos actos, las personas físicas, sociedades u otras entidades jurídicas que los hayan realizado serán responsables solidarios de los mismos, salvo acuerdo en contrario*". Este precepto, al igual que otras normas de Derecho derivado como con el Art. 7 de la Primera Directiva de Sociedades o el Art.9 del Reglamento Europeo sobre la Agrupación europea de interés económico, reconoce implícitamente la existencia de la "SE en formación<sup>812</sup>", de tal forma que los intereses de las personas que se relacionen con

---

<sup>810</sup> En la página [www.seeurope-network.org](http://www.seeurope-network.org) (desde mayo de 2007 en la nueva dirección <http://www.worker-participaiton.eu>) puede consultarse datos sobre las SE constituidas, en proyecto o en liquidación en la Unión europea. Se trata de una fuente que sin tener carácter oficial, informa de los países donde mayor repercusión ha tenido el tipo societario destacando a Alemania por número de SE domiciliadas en su territorio (en número de 23 a fecha de mayo de 2007) y por sectores, los servicios financieros y de inversión seguido del sector inmobiliario.

<sup>811</sup> En este sentido, NAVARRO LÉRIDA, M.S., *El proceso de ...*, ob.cit., pág. 377; Otras posiciones doctrinales afirman la aplicación del Art. 9 RESE para resolver las cuestiones interpretativas del 16.2 RESE, como VELASCO SAN PEDRO, L.A., "*Características de ...*", ob.cit., pág.85.

<sup>812</sup> Vid. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., "*El Reglamento de la Sociedad Europea ...*", ob. cit. pág. 22; ANSÓN PEIRONCELY, R., *La Sociedad ...*, ob. cit., pág. 116; GARCÍA RUESTRA, M., "*La Sociedad Anónima ...*", ob. cit., pág. 32 y ss. Entendido como un supuesto de "*cuasi tipo*" societario concreto que se individualiza en el proceso de constitución de las sociedades de capital y que comprende el periodo que va desde el otorgamiento de la escritura de constitución a la solicitud de inscripción de la sociedad en el Registro mercantil, Vid. GALÁN LÓPEZ, C., "*Sociedad en formación*", AAVV, Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario ...*, ob. cit, págs. 1148-1154

la "sociedad" antes de la inscripción y adquisición de la personalidad jurídica correspondiente de la SE queden protegidos. La protección se realiza mediante el reconocimiento de la validez y eficacia de los actos realizados por la SE en formación y que sean asumidos por ella después de la inscripción, y para aquellos actos que no sean asumidos se establece la responsabilidad solidaria de los sujetos intervinientes en su creación y que actuaron en nombre de la SE.

La correcta interpretación de este precepto en los supuestos de SE domiciliadas en España, supone acudir al Art.15 LSA específico de la SA en formación, para conocer el catálogo de actos asumidos automáticamente por la SE tras su inscripción, como son: a) los actos y contratos indispensables para la constitución de la sociedad; b) los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiera la escritura para la fase anterior a la inscripción; y c) los contratos y actos realizados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designados por todos los socios. No obstante, y aunque ésta es la interpretación más inmediata para la sociedad en formación, atendiendo a las particularidades del procedimiento multifásico de constitución de la SE, no sería incompatible ese régimen con el previsto para las responsabilidades de los promotores en la fundación sucesiva de la SA (Arts. 30, 31 y 32 LSA). La responsabilidad solidaria predicada tanto para los promotores como para los otorgantes no es incompatible con la generalidad en la redacción del Art. 16.2 RESE, y nos permitirían en todo caso, no limitar la responsabilidad desde el otorgamiento de la escritura hasta la inscripción (sociedad en formación) sino ampliarlo a todos los actos necesarios para el otorgamiento de la escritura (elaboración de proyectos, informes, depósito del proyecto, convocatoria de juntas generales, aprobación, etc.).

Por otro lado, la irregularidad<sup>813</sup> de la SE no está contemplada por el RESE, por lo que habrá que acudir al Derecho nacional del Estado miembro en el que se pretenda constituir la SE, que en caso español se corresponde con el artículo 16

---

<sup>813</sup> Vid. PAZ ARES, C., "La Sociedad Mercantil: mercantilidad e irregularidad de las sociedades", AAVV. Dir. URÍA, R./ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil ...*, ob.cit., págs. 553-562; ARIAS VARONA, F. J., "Sociedad irregular", AAVV., Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario...*, ob. cit., págs. 1171 - 1176; URÍA, R., MENÉNDEZ, A.,/GARCÍA ENTERRÍA, J., "La Sociedad Anónima ...", ob. cit., pág.837-838.

LSA<sup>814</sup> y el Art. 33 LSA en su caso. El artículo 33 LSA<sup>815</sup> en relación a las consecuencias de la no inscripción nos aportaría la fecha *a quo* para el cómputo del plazo de un año que determina la irregularidad de la SE, esto es, la fecha del depósito del proyecto de constitución de una SE en el Registro mercantil correspondiente. De las consecuencias derivadas de una posible irregularidad de una SE domiciliada en España, no hay duda que cualquiera de las Sociedades o entidades participantes podrán instar la disolución y liquidación de la SE en formación y la restitución de las “aportaciones” realizadas conforme al artículo 16.1 y 33 LSA. No obstante, y respecto del régimen jurídico de la sociedad colectiva, aplicable a los supuestos de SE irregular, se plantean dudas sobre su efectividad práctica en atención a la propia naturaleza o vocación comunitaria de la SE, esto es, la transnacionalidad de los Ordenamientos implicados de las sociedades promotoras, que casi aconsejaría acudir a un régimen que fuera de origen estrictamente comunitario, como es el de la Agrupación Europea de Interés Económico. El régimen previsto por la AEIE se adapta mejor a la finalidad y funcionalidad de la SE frustrada como instrumento de reestructuración y cooperación empresarial a nivel comunitario. En todo caso, las cuestiones que puede suscitar la irregularidad de la SE (al igual que la SE en formación) son múltiples y de naturaleza jurídica diversa, mereciendo un estudio riguroso, específico y detallado que excede del objeto de este trabajo.

---

<sup>814</sup> Vid. BOQUERA MATARREDONA, J., “Personalidad jurídica, inscripción, ...”, ob. cit., pág. 107.

<sup>815</sup> El Art. 33 LSA establece que “En todo caso, transcurrido un año desde depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, los suscriptores podrán exigir la restitución de las aportaciones realizadas con los frutos que hubieran producido”.

---

## CONCLUSIONES





---

## CONCLUSIONES

### **1-. El sistema del Derecho de sociedades europeo al servicio de la consecución del Mercado interior.**

El Derecho de Sociedades Europeo es un sistema jurídico de Derecho comunitario cuyos actos normativos de armonización y/o unificación regulan la constitución y el funcionamiento de operadores económicos europeos organizados colectivamente (sociedades) para garantizar la protección de los intereses de los socios, trabajadores y acreedores en el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria – derecho de establecimiento y libre prestación de servicios- en el Mercado interior.

El Derecho societario europeo surge vinculado al concepto comunitario de sociedades (Art.48 TCE) y a los objetivos de integración jurídica y económica necesarios entre los Estados miembros para la consecución del Mercado interior de la Unión Europea. La definición jurídico-positiva de sociedad comunitaria (Art.48 TCE) es un concepto amplio que comprende todo tipo de sociedades mercantiles o civiles, públicas o privadas, incluso cooperativas, con personalidad jurídica o sin ella, a las que se les exige una autonomía patrimonial inherente al grado de subjetivación mínima y necesaria para la promoción y consecución de una finalidad común de carácter lucrativo.

El Derecho de sociedades europeo cumple una función material o sustantiva generadora de normas de derecho positivo, y una función instrumental al servicio del derecho constitucional de la libertad de empresa comunitaria (Art. 16 CDFUE) que se materializa en las libertades comunitarias del derecho de establecimiento (Arts. 43 – 48 TCE) y la libre prestación de servicios (Arts. 49- 55 TCE). La calificación actual de “*nueva era del Derecho de Sociedades Europeo*” responde a los cambios operados en esta materia como consecuencia de: 1º) el reconocimiento del *efecto directo* horizontal y vertical de las disposiciones del Tratado relativas al derecho de establecimiento y libre prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el

Mercado interior), equiparándolas al resto de las libertades comunitarias, y sólo pueden ser limitadas por razones “*imperiosas de interés general*”; 2) el reconocimiento mutuo de las sociedades extranjeras entre los Estados miembros, fruto de la consolidación jurisprudencial comunitaria a favor de la *teoría de la constitución* iniciada con la *STJCE Centros* y en detrimento de la *teoría de la sede real o efectiva* y; 3) las aportaciones del RESE y la DITSE a la movilidad intracomunitaria y libertad de establecimiento de las sociedades, con un régimen jurídico que hace posible tanto el traslado intracomunitario de la sede social como las fusiones transfronterizas de las sociedades en la Unión Europea.

**2-. La integración jurídica del Derecho societario europeo se encuentra inmersa en un proceso de “neorregulación” o desregulación societaria procedente de los Ordenamientos nacionales, donde los instrumentos tradicionales de institucionalización y armonización societaria (Reglamentos y Directivas) pierden su protagonismo a favor de instrumentos normativos no vinculantes o *Soft Law*.**

El Derecho societario europeo, al servicio de la consecución del Mercado interior de las sociedades, se caracteriza por su naturaleza institucionalizadora de unificación y coordinación de las legislaciones nacionales llevada a cabo por el Derecho derivado comunitario. Las Directivas societarias, sobre la base legal del Art. 44.2.g) TCE (Art. 50 TFUE), garantizan exigencias societarias equivalentes en los distintos Estados miembros para proteger los intereses de los socios y terceros, y regulan prácticamente la totalidad de los aspectos societarios, especialmente de las sociedades capitalistas y cotizadas.

El proceso de institucionalización societaria comunitaria diferencia varias etapas. La primera de ellas, durante la segunda mitad del siglo pasado, se caracterizó por el protagonismo de las Directivas societarias reguladora de aspectos sustantivos societarios, como la publicidad formal (primera Directiva 68/151/CEE), la constitución de sociedades anónimas y capital social (segunda Directiva 77/91/CEE), operaciones de fusión y escisión de sociedades (tercera y sexta Directiva 78/855/CE y 82/891/CEE), cuentas anuales y consolidadas (cuarta y séptima Directiva 76/660/CEE y 83/349/CEE), publicidad de las sucursales (undécima Directiva 89/666/CEE) y sociedades unipersonales (duodécima Directiva 89/667/CEE). La segunda etapa se desarrolla en el contexto de la nueva

estrategia legislativa comunitaria de desregulación y simplificación del acervo comunitaria con la promulgación de Directivas durante años paralizadas, como la decimotercera Directiva de sociedades 2004/25/CE relativa a las OPAS, la décima Directiva 2005/56/CE relativa a las fusiones transfronterizas ó la octava Directiva 2006/43/CE sobre la Auditoría legal de cuentas que deroga a la anterior de 1984, y la promulgación de otras nuevas, como la Directiva 2007/36/CE sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. El Reglamento societario (Art. 308 TCE), como instrumento de unificación legislativa supranacional, se utiliza para la creación de nuevas estructuras organizativas que se añaden a los tipos societarios nacionales, como el Reglamento CEE nº 2173/85 relativo a la Agrupación Europea de Interés Económico, el Reglamento CEE nº 2157/2001 sobre el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea o el Reglamento CE nº 1435/2003 relativo a la Sociedad Cooperativa Europea.

Las políticas desreguladoras y simplificadoras del Derecho comunitario iniciadas a finales de los años noventa se presentan como la alternativa europea para eliminar la encorsetación y burocratización de las sociedades europeas que obstaculizaban el ejercicio de la libertad de empresa y comercio en el Mercado interior. La materialización jurídica de la nueva estrategia implica la renuncia a las posturas institucionalizadoras del Derecho societario europeo a favor de la autonomía de la voluntad, el reconocimiento expreso de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Art. 5 TCE), la aceptación del principio de competencia legislativa para superar el temor a la *“race to the bottom”* y la incorporación del principio de calidad de redacción legislativa comunitaria desarrollado por los Acuerdos interinstitucionales de 1989, 2001 y el hecho en Estrasburgo el 16 de diciembre de 2003 *“Legislar mejor”*. Los instrumentos normativos no vinculantes o *soft law* comunitario adquieren el protagonismo durante esta etapa con la promulgación de recomendaciones, comunicaciones y decisiones comunitarias, entre las que destaca la *“Comunicación de la Comisión sobre la Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea – un plan para avanzar-”* de mayo de 2003, donde se recogen las directrices elaboradas por el Informe Winter de 4 de noviembre de 2002 de incuestionable valor en la nueva dirección del Derecho societario europeo en materia de gobierno corporativo y flexibilización del Derecho societario.

**3-. El Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (RESE) y la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DITSE) son el resultado de un laborioso y discontinuo proceso legislativo de más de treinta años, que todavía hoy sigue abierto (cláusula de revisión del Art. 69 RESE), destinado a la regulación de un nuevo tipo societario supranacional y de Derecho comunitario que canalice la reorganización y cooperación empresarial comunitaria en el Mercado interior superando las dificultades de orden jurídico, fiscal y psicológico a las que se enfrentan las empresas de distintos Estados miembros.**

La idea inicial de una Sociedad Anónima Europea sometida a un régimen jurídico uniforme y válido en todos los Estados miembros se presenta como el instrumento jurídico idóneo para la canalización de las operaciones de concentración y reestructuración empresarial a nivel comunitario y una eficaz herramienta para la consecución de las libertades fundamentales comunitarias, especialmente la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

El proceso legislativo del RESE a nivel comunitario se inicia con el Proyecto de 1970, sobre la base del modelo del Proyecto Sanders de 1959, con un exhaustivo texto de 284 artículos que establece un régimen jurídico completo para la *Societas Europaeae* (aspectos societarios, fiscales, contables, participación de trabajadores, estructura orgánica dualista, régimen de los grupos de sociedades), al que le sigue un segundo Proyecto reformado puntualmente en 1975. La tercera y cuarta propuesta de 1989 y 1991 respectivamente, introducen cambios significativos en el régimen jurídico de la SE que perduran en el régimen actual, entre ellos, el desdoblamiento de la fundamentación jurídica en dos instrumentos, Reglamento y Directiva sobre implicación de los trabajadores en la SE; la utilización de la técnica del reenvío a fuentes normativas nacionales que favorece la simplificación y adelgazamiento del articulado inicialmente previsto en detrimento de la unificación y uniformidad, con el resultado de una sociedad de *tipo europeo* frente a la idea original de una sociedad de *Derecho europeo*; la flexibilización de la estructuras de administración social incorporando el modelo opcional entre el sistema monista y el dualista; la ampliación de las vías de acceso introduciendo la transformación de una SA nacional en SE si posee una filial en

otro Estado miembro; régimen detallado de la modalidad de constitución de la SE-holding diferenciado de la fusión; especificación de las atribuciones del Consejo de Supervisión y de Control y clarificación de los supuestos de liquidación de la SE, como más relevantes.

El RESE y la DITSE de 2001 finalmente adoptados responden más a las características de una solución política de consenso (cumbre de Niza) que al perfeccionamiento técnico-jurídico de un proceso legislativo de más de treinta años. La primigenia SE ideada como fórmula de integración y reestructuración empresarial que pretende compatibilizar la independencia jurídica de la entidades agrupadas con la personalidad jurídica diferente y autónoma de la entidad resultante y regulada por un derecho supranacional uniforme independiente de los Derechos nacionales, queda frustrada por el Art. 68 RESE que requiere de la intervención necesaria de las legislaciones nacionales para garantizar la aplicación efectiva del Reglamento, amén de las remisiones expresas a las normas nacionales del Estado del domicilio social de la SE contenidas en el texto articulado. La SE deja de ser un tipo societario europeo para convertirse en una *“sociedad nacional con marca europea”*. En España, la Ley 19/2005, de 14 de noviembre sobre Sociedad Anónima Europea domiciliada en España que modifica el TRLSA y añade un nuevo Capítulo XII de *“la Sociedad Anónima Europea”*, la Ley 31/2006, de 18 de octubre de 2006, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas que transpone a nuestro Ordenamiento la DITSE y el Real Decreto 659/2007 de 25 de mayo por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil garantiza la aplicación efectiva de las disposiciones contenidas en el RESE y la DITSE.

**4-. Las particularidades del régimen jurídico del RESE y la DITSE están al servicio de la realización del Mercado interior de sociedades mediante la unificación y conciliación de un sistema supranacional de reestructuración y cooperación empresarial aplicable en todos los EEMM y que contribuye a fomentar la libre circulación intracomunitaria de las empresas europeas.**

El régimen jurídico de la SE se particulariza respecto de los tipos societarios nacionales por su complejo sistema de fuentes del Art. 9 RESE, por la movilidad intracomunitaria de la sociedad prevista en el Art.8 RESE, por las modalidades de acceso al tipo societario (Arts. 15 a 37 RESE), por la estructura de gobierno

societario diseñada para la SE (Arts. 38-60 RESE) y por el sistema de implicación de los trabajadores contenido en la DITSE.

El sistema de fuentes diseñado por el RESE es un “*híbrido jurídico*” que trata de conciliar fuentes normativas de rango comunitario (Reglamento, DITSE y Directivas Societarias) con normas de rango nacional (leyes sectoriales específicas y aplicación general de la legislación nacional sobre sociedades anónimas), a las que se une la autonomía de la voluntad privada en materias expresamente previstas por el RESE. El Art. 9 RESE establece la jerarquía de la normativa aplicable en función de la clasificación de las materias, así distingue entre: materias reguladas por el RESE, materias reguladas por la autonomía privada y materias no reguladas, reguladas sólo en parte o no cubiertas por el RESE que se regirán por las legislaciones nacionales sectoriales del domicilio social de la SE. El complejo sistema normativo del RESE es una solución jurídica “*atípica-mixta comunitario-nacional*” que en la práctica se convierte en un *laberinto* legal desvirtuador del régimen jurídico unitario inicialmente previsto para la *Societas Europaeae*, para acercarnos más a la figura de una “*SE-española*”, “*SE-francesa*”, etc., dependiente del Estado donde la SE establezca su domicilio social.

La particular regulación del traslado intracomunitario del domicilio social de la SE (Art. 8 RESE) es una de las contribuciones más notables del RESE al estado actual del Derecho societario europeo que fomenta la libre circulación intracomunitaria de las sociedades. Permite la movilidad transfronteriza de la SE conservando su personalidad jurídica comunitaria, sin necesidad de acudir al expediente técnico de la disolución en el Estado de origen y nueva constitución en el Estado de destino, mediante un procedimiento multifásico complejo que garantiza la protección de los intereses de los accionistas (derechos de información, voto, separación), acreedores (derecho de oposición) y de los trabajadores (sistemas de implicación), y donde necesariamente se contempla un cambio de *lex societatis* de la SE trasladada al régimen jurídico previsto para el tipo en el nuevo Estado de destino. La movilidad intracomunitaria de la SE regulada por el RESE, desde la perspectiva económica, es una reorganización empresarial estratégica de carácter interno y desde la perspectiva de la técnica-jurídica empleada, es asimilable a una modificación estructural societaria por transformación *sui generis*.

La estructura orgánica de la SE se caracteriza por la opcionalidad estatutaria de sus sistemas de gobierno o administración. La SE domiciliada en España (Arts. 38 RESE y 327 LSA) debe optar en sus Estatutos Sociales entre el sistema monista de administración (acorde a nuestra tradición jurídica) o el sistema de administración dualista donde coexiste un órgano de Dirección y un Consejo de Control como órgano de vigilancia y con competencia específicas. La solución propuesta por el RESE resuelve desde el punto de vista teórico, el debate político sobre el modelo organizativo de la SE que enfrentó a los países adscritos al modelo dualista (Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia y Luxemburgo) frente a los del modelo monista (España, Reino Unido, Finlandia, Grecia, Irlanda y Suecia) y al modelo flexible (Francia, Holanda y Portugal), y contribuye a desbloquear la propuesta de Quinta Directiva de Sociedades sobre la estructura organizativa de las sociedades anónimas.

El régimen jurídico sobre implicación de los trabajadores en la SE (DITSE y concordantes nacionales –LITSE-) garantiza el derecho de los trabajadores a influir en las decisiones empresariales. La cuestión social, vinculada a los sistemas de gobierno o administración social, ha sido el *caballo de batalla* del proceso legislativo del RESE, alcanzando finalmente un consenso más político que técnico-jurídico. Los principios sobre los que sustenta el régimen jurídico del RESE y DITSE en esta materia son: el principio de necesaria implicación de los trabajadores en la SE (*pas de société européenne sans une certain forme d'implication*), el principio de diversidad de modelos vinculados al principio de la primacía de la voluntad negocial y el principio “antes-después” que opera como límite al principio de la negociación colectiva para garantizar los derechos adquiridos por los trabajadores.

**5-. La caracterización jurídica de la SE como resultado de la combinación de sus rasgos imperativos esenciales o morfológicos y sus rasgos tipológicos o funcionales, la definen como una Sociedad anónima con personalidad jurídica comunitaria al servicio de la modificación estructural supranacional societaria y regulada por un sistema mixto y específico de normas comunitario-nacionales del Estado miembro donde se domicilie.**

Los rasgos morfológicos de caracterización de la SE la definen como una forma societaria típicamente despersonalizada, de responsabilidad limitada,

capitalista con capital social mínimo de 120.000 euros dividido en acciones y de segundo grado, que dotada con personalidad jurídica comunitaria posee una estructura orgánica corporativa con un sistema de implicación de los trabajadores en su gobierno.

Los rasgos tipológicos o funcionales de caracterización de la SE la definen como un instrumento al servicio de la libertad de establecimiento y el redimensionamiento de los operadores económicos europeos en el Mercado interior. La SE adapta el marco jurídico de las empresas europeas a su dimensión económica mediante un modelo comunitario de movilidad y reestructuración empresarial tipificado con *numerus clausus* de vías de acceso al tipo societario, que garantizan la transnacionalidad de la nueva estructura societaria creada mediante la participación necesaria de al menos dos operadores/empresas sujetas a diferentes Ordenamientos nacionales y se caracteriza por la adopción de medidas específicas de protección de los intereses de los socios, acreedores y trabajadores de las empresas/sociedades promotoras de la operación.

El proceso fundacional de una SE reúne las características de una modificación estructural supranacional comunitaria que culmina con un negocio jurídico societario cuyos rasgos morfológicos y tipológicos de polivalencia funcional son los propios de una sociedad anónima supranacional –corporación capitalista potencialmente bursátil-, sujeta a un régimen jurídico específico de naturaleza mixta comunitario-nacional atribuido por el RESE en función del Estado miembro donde la SE fije su domicilio social.

#### **6-. Los principios configuradores de las modalidades de constitución de la SE al servicio de la reestructuración empresarial supranacional.**

El rasgo tipológico-funcional de la SE que la define como instrumento jurídico-comunitario de concentración, cooperación y reestructuración empresarial supranacional se materializa en los principios y criterios aplicables a las modalidades fundacionales del nuevo tipo societario. Los principios constituyentes de la SE se definen como aquellos principios y criterios de accesibilidad fijados por el RESE y aplicables en todo proceso fundacional de una Sociedad Europea. Cuestionados en parte por la doctrina, pretenden garantizar la supranacionalidad del tipo societario, su dimensión europea y la reestructuración de la gran empresa en el Mercado Interior.



La dimensión subjetiva del principio de acceso limitado al tipo social restringe el número de sujetos legitimados como constituyentes a las personas jurídicas y/o sociedades en funcionamiento expresamente contempladas en el RESE. La combinación de las limitaciones subjetivas con la dimensión objetiva del principio de acceso limitado o "*numerus clausus*" de las modalidades constitutivas de la SE conducen a un resultado heterogéneo no justificado suficientemente por el legislador comunitario. En este sentido, las sociedades anónimas de los Estados miembros son las únicas legitimadas para participar en la constitución de una SE mediante un proceso de fusión o transformación; las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada pueden participar en la constitución de una SE-holding y para los supuestos de SE-filial, se legitima a cualquier persona jurídica nacional que persiga un fin lucrativo (concepto comunitario amplio de sociedad). Por otro lado, el principio de plurinacionalidad o vocación europea de la SE, en sede de constitución, se define por dos caracteres: el "*hecho jurídico europeo*" o elemento estático de la vocación europea, vinculado al expediente técnico-jurídico de la nacionalidad de las personas jurídicas, exige que al menos dos de las entidades o sociedades promotoras estén sujetas al Ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes directamente o a través de sus sociedades filiales; y el "*hecho económico europeo*" o elemento dinámico de la vocación europea que alude a una actividad económica transfronteriza desarrollada tanto por las sociedades promotoras como por la SE una vez constituida. La plurinacionalidad o vocación europea fortalece "*la correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad*" (considerando 6 RESE).

Los principios constituyentes de la SE se caracterizan por su heterogeneidad tanto en su dimensión subjetiva (limitaciones respecto de los sujetos constituyentes legitimados), como en la objetiva (disparidad de criterios sobre la nacionalidad societaria entre los Ordenamientos nacionales y el Comunitario), distorsionando la uniformidad mínima formal y material requerida por la SE como prototipo de la reestructuración empresarial supranacional europea de la gran empresa o como modificación estructural comunitaria *sui generis* de sociedades mercantiles que proponemos en esta tesis. La legitimación generalizada de las sociedades mercantiles nacionales como sociedades constituyentes/promotoras de la SE evitaría discriminaciones funcionales injustificadas entre las sociedades capitalistas (especialmente de la SRL en los

procesos de SE-fusión y transformación) y se acercaría a las tendencias legislativas nacionales sobre modificaciones estructurales (cfr. Art. 2 LME); en el mismo sentido, la escisión y la cesión global de activos podrían ampliar el elenco de modalidades constituyentes de la SE. Por otro lado, la consolidación jurisprudencial a nivel comunitario de la *teoría de la constitución* en el reconcomiento de las sociedades, afecta al principio constituyente de plurinacionalidad o vocación europea de la SE en su dimensión estática adscrita a la *teoría de la sede real o efectiva*, sin perjuicio de las reformas o adaptación previstas sobre esta materia en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor del RESE de conformidad con lo previsto por el Art. 69 apartado a) RESE.

**7-. La naturaleza jurídica de las modalidades de constitución de una SE, considerados como modificaciones estructurales comunitarias *sui generis* de sociedades, proporciona la unidad sistemática del derecho aplicable a los distintos procedimientos de fundación previstos por el RESE.**

El Art. 15.1 RESE es la piedra angular del sistema de fuentes aplicables a la constitución de la SE. La remisión genérica a la legislación nacional de las sociedades anónimas del Estado donde la SE fije su domicilio social, determinada la naturaleza jurídica del proceso fundacional de una SE española. La entrada en vigor de la Ley 3/2009, de 3 abril, sobre Modificaciones Estructurales de las sociedades mercantiles tiene singular importancia no sólo en los procesos de internacionalización de los operadores económicos, sino también por la ampliación y unificación del régimen jurídico de las “modificaciones estructurales” de las sociedades mercantiles, incidiendo directamente en la naturaleza jurídica de las SE domiciliadas en España. El proceso fundacional de una SE cuando esté domiciliada España y/o participe una sociedad española se califica como modificación estructural supranacional *sui generis* sometida a la prelación de fuentes del derecho comunitario-nacional del RESE.

Las modalidades de constitución previstas por el RESE definidas como técnicas jurídicas aptas para la concentración, reestructuración y cooperación empresarial supranacional, coinciden sustancialmente con las modificaciones estructurales tipificadas de la fusión, transformación y la segregación de la LME. Estas modificaciones estructurales son operaciones societarias complejas que van más allá de las simples modificaciones estatutarias o fundación societaria para

afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y están reguladas mediante un proceso que garantiza la protección de los intereses de los grupos de interés afectados (socios, acreedores y trabajadores).

La fusión representa el mayor grado de reestructuración y concentración empresarial al desaparecer todas, o todas menos una, de las sociedades participantes de tal suerte que en su lugar nace una “superestructura” en forma de SE; la transformación de una SA en SE es la reestructuración empresarial supranacional que adecúa la realidad económica supranacional a la unidad jurídica del RESE directamente aplicable en todos los Estados miembros; mientras que la SE-holding y la SE-filial son modalidades de reestructuración y cooperación empresarial no tipificadas como tales en nuestra legislación nacional (LME), si bien producen resultados económicos análogos, incluso idénticos, a las operaciones de escisión y segregación. Ambas modalidades se caracterizan por la persistencia o supervivencia de forma independiente de las sociedades o entidades jurídicas promotoras de la operación, si bien sus posiciones jurídicas en la nueva estructura empresarial creada por la SE son diferentes y opuestas: las sociedades promotoras de una SE-Holding pasan a ser sociedades dependientes jurídicamente de la SE-matriz, mientras que en la SE-filial las entidades promotoras ocupan la posición de dominio o sociedades matrices respecto de la SE-filial. Los supuestos de SE-holding y SE-filial conforman estructuras jurídico-económicas encuadrables en la categoría de grupos societarios jerárquicos (únicos reconocidos en nuestra legislación societaria actual –Art. 42 CCom-) y grupos horizontales o paritarios en los supuestos de SE-filial conjunta.

La calificación jurídica de cualquiera de las modalidades de constitución de la SE como modificación estructural supranacional *sui generis* tiene como consecuencia jurídica inmediata la unificación del sistema de fuentes aplicables a los diferentes procesos constitutivos, de tal manera que, una vez agotadas las normas comunitarias y nacionales de referencia explícita, las posibles lagunas legales se colman acudiendo a la regulación española sobre modificaciones estructurales (LME). El RESE utiliza en sus modalidades de constitución la técnica legislativa del reenvío interno y externo a fuentes normativas tanto comunitarias como nacionales aplicables a las sociedades anónimas nacionales. El régimen jurídico de la SE-fusión, el más regulado a nivel comunitario (Arts. 17-31 RESE) y nacional (Arts. 22- 67 LME incluida la fusión internacional), se presenta como el

proceso de referencia para el resto de modalidades, especialmente para la SE-holding y la transformación de SA en SE con remisiones expresas tanto en el RESE como en la LME a nivel nacional. Por otro lado, para solventar el exiguo régimen jurídico comunitario de la SE-filial se acude a las disposiciones nacionales que regulan la constitución de una sociedad filial en forma de SA (Art. 36 RESE). Si bien, en principio, el régimen jurídico de la fundación de una SA se presenta como la sede natural para regular la constitución de la SE-filial, la incorporación a nuestro Derecho sustantivo de la operación de la “segregación” como modalidad de la escisión (Arts. 68-80 LME), proporciona los elementos cualitativos necesarios para su identificación formal y sustantiva con los procesos de filialización societaria entre los que se encuentra la constitución de una SE-filial domiciliada en España.

**8-. La constitución de la SE-filial domiciliada en España, al igual que el resto de las modalidades constitutivas, reúne las características propias de un procedimiento complejo dividido en fases interdependientes de carácter necesario y de ámbito nacional y comunitario que garantizan la protección de los intereses de los socios, acreedores y trabajadores de las sociedades/entidades promotoras de la operación.**

La constitución de una SE es siempre el resultado de un proceso multifásico complejo que engloba diferentes actos jurídicos relevantes desarrollados en dos ámbitos: uno nacional y otro comunitario. Las dos primeras fases de elaboración del proyecto de constitución y aprobación del mismo por cada una de las Juntas generales de las sociedades o entidades promotoras, se desenvuelven a nivel nacional aplicando el régimen jurídico del RESE y del tipo societario de que se trate (SA, SRL, Sociedad Cooperativa, ...) para llevar a cabo la operación proyectada de modificación estructural mediante constitución de una SE. La fase final o fase ejecutiva desarrollada a nivel comunitario y vinculada al Estado del domicilio social de la SE proyectada, comprende los actos y trámites legales necesarios para culminar la inscripción y publicidad de la SE.

La fase de preparación incluye la elaboración y tramitación legal necesaria de un proyecto de constitución completo (proyecto e informes) de la SE a cargo de los órganos de administración o dirección de las sociedades promotoras que lo suscriben y publican en los Registros correspondientes, concluyendo esta fase con

la convocatoria de la Junta general de socios u órgano deliberante. El proyecto de constitución, máximo exponente de esta fase, es un conjunto documental unitario e indivisible, con un contenido mínimo legalmente establecido para cumplir la función encomendada de control e información y que funcionalmente se define como un *“proyecto de reestructuración empresarial supranacional”*. Se define el contenido legal mínimo del proyecto simple de constitución como las menciones necesarias y comunes a cualquier modalidad constitutiva de SE (especialmente exigible en la SE-filial por analogía al resto de modalidades), que supone: a) la identificación de las sociedades o entidades participantes; b) la denominación y domicilio social de la SE proyectada; c) las condiciones económicas de la operación; d) la forma de entrega de las acciones de la futura SE; e) los estatutos de la futura SE; y f) la información sobre el régimen de implicación de los trabajadores. El contenido legal necesario y específico del proyecto permite la diferenciación y tipificación de cada una de las modalidades constitutivas de SE. En el supuesto de SE-filial común se consideran menciones tipificadoras las relativas a la personificación de la alianza empresarial que garanticen su funcionamiento y proporcionen información relevante a los socios, como puedan ser: a) el posible contrato de colaboración entre las empresas promotoras; b) sistema de reparto entre los socios del conjunto de la administración y gestión social; c) los mecanismos para la resolución de controversias y bloqueos de los órganos de decisión; d) los mecanismos de protección de los intereses patrimoniales en supuestos de extinción de la alianza empresarial ó; e) las garantías para el cumplimiento del contrato de colaboración. Por último, el contenido contingencial o facultativo del proyecto se refiere a las menciones no imprescindibles para la realización de la operación, pero que en caso de existir deben constar expresamente, como son: a) las garantías de los derechos especiales de los accionistas; b) ventajas particulares de peritos y administradores; y c) los extremos libremente acordados por las partes que no contravengan las disposiciones legales.

La unidad documental del proyecto de constitución afecta a los documentos que lo acompañan y explican su contenido, como son los informes de administradores y periciales. El informe de administradores u órgano de dirección se considera una exigencia legal inexcusable en cualquiera de las modalidades constitutivas de SE, aunque no esté expresamente regulado en la

norma, y contiene la justificación de la necesidad de la operación propuesta a los socios y trabajadores; mientras que, el informe pericial y el balance de la operación-constitución de la SE no son documentos imprescindibles en la operación, su necesidad se somete a la autonomía de la voluntad de los socios (salvo imperativo de la norma, como el balance de fusión) para que decidan sobre su incorporación o no al proyecto y reforzar su derecho de información en la toma de decisiones suficientemente fundada.

La siguiente fase decisoria está protagonizada por las Juntas generales u órganos deliberantes de las entidades promotoras que deciden sobre la constitución de la SE de conformidad con los términos del proyecto y supeditado en todo caso, a lo acordado por la Comisión Negociadora en materia de implicación de los trabajadores (Art. 3 DITSE y Arts 5-13 LITSE). El RESE no regula el régimen jurídico aplicable a la deliberación y adopción de acuerdos por los socios de las entidades promotoras, a excepción de las referencias contenidas para los supuestos de constitución de SE-fusión (Art.18 RESE reenvío a la Tercera Directiva) y SE- transformación (Art. 37.7 RESE), que delegan en la legislaciones nacionales la responsabilidad para determinar las condiciones de asistencia y mayorías necesarios para adoptar el acuerdo de fusión-constitución de SE, o el de transformación de SA en SE. La constitución de una SE en cualquiera de sus modalidades, es una operación societaria de reestructuración empresarial que requiere la intervención necesaria de las Juntas generales de las entidades promotoras en las condiciones establecidas por la LME (Arts. 10, 40, 41 y 42), fijando unos mínimos de asistencia y mayorías cualificadas necesarias para la adopción del acuerdo conforme a la ley que regule el tipo societario de la sociedad participante (SRL, SA, Cooperativa...). La intervención de la Junta general en la fase decisoria garantiza la tutela del interés social frente a los intereses particulares, y es además un presupuesto necesario e imprescindible para que los socios disidentes puedan ejercer el derecho de separación (Art. 325 LSA, Art. 320 LSA, Art. 15 LME) que les asiste en las operaciones de modificación estructural supranacional.

La fase de ejecución pone fin al proceso constituyente de una SE mediante la ejecución de una serie de actos y trámites que culminan con la inscripción de la SE en el Registro correspondiente, momento crucial de adquisición de la personalidad jurídica por parte de la SE, y su posterior publicidad a nivel

nacional y comunitario. Esta fase está protagonizada por los Registradores o la autoridad competente que designe cada Estado y se desarrolla a nivel comunitario vinculado al Estado miembro donde la SE establece el domicilio social. Las particularidades de esta fase, que consideramos común para cualquier modalidad de constitución tomando de referencia el modelo previsto en la SE-fusión por analogía, están relacionadas con el doble control de legalidad (nacional y comunitario) al que se somete la operación de constitución. De una parte, a nivel nacional, los Registradores o autoridades correspondientes de las sociedades promotoras emitirán un certificado acreditativo del cumplimiento de los actos y trámites necesarios de la operación en la fase nacional, y lo enviarán al Registrador autorizante del domicilio de la nueva SE para su control (fase comunitaria), quien además es responsable de la legalidad de los actos y documentos necesarios para la inscripción y constitución de la SE de acuerdo con lo previsto en el RESE y en su legislación nacional, que en el caso español, pasan por el control de legalidad de la escritura de constitución, de los estatutos sociales y del acuerdo sobre implicación de los trabajadores (Art. 12. RESE) con las salvedades de la cláusula “*opting out*” en los supuestos expresamente previstos por la Ley.

El proceso constituyente de una SE-filial domiciliada en España culmina con la inscripción de la SE en el Registro mercantil y publicidad correspondiente en el BORM además, el Registro Mercantil Central dentro del mes siguiente a la inscripción, es el competente para comunicar a la Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas el hecho de la inscripción de la SE para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (Art. 14 RESE), dando cumplimiento así al doble trámite formal de publicidad.





---

## **BIBLIOGRAFÍA**



---

## BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN HONRRUBIA, V., "El derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios en la CEE", AAVV., *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, ed. Consejo General del Poder Judicial, 1989, págs. 329-363.

AGUILÓ PIÑA, J. F., "La Sociedad Anónima Europea: constitución, órganos y otros aspectos", *RDM*, núm. 246, 2002, págs. 1795-1892.

ALONSO LEDESMA, C., "Algunas consideraciones en torno a la sucesión universal como rasgo caracterizador de la segregación frente a la aportación de rama de actividad", AAVV., *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, Mc Graw Hill, 2002, págs. 4927-4962.

ALONSO ESPINOSA, F.J., (Dir), *Curso Fundamental de Derecho Mercantil*, Vol. II. *Derecho de Sociedades*, Murcia, Ed. Fundación Universitaria San Antonio, 2004.

ALONSO ESPINOSA, F.J., "El proyecto de escisión de sociedades anónimas", AAVV., *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid, Mc Graw Hill, 2002, págs. 4881- 4925.

ALONSO UREBA, A./GUERRA MARTÍN, G., "La constitución de la Sociedad Europea como operación de concentración de empresas", AAVV, Coord. ESTEBAN VELASCO, G. / FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 859-914.

ALONSO UREBA, A., "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: IV. Cesión global de activo y pasivo", *RdS*, núm. 31, 2008, págs. 69-81.

ÁLVAREZ ARJONA, J.M./CARRASCO PERERA, Á., *Régimen Jurídico de las Adquisiciones de Empresas*, Navarra, Aranzadi, 2001.

ÁLVAREZ ARJONA, J. M. /CARRASCO PERERA, Á., *Fusiones y Adquisiciones de empresas*, Cizur Menor, Thomson- Aranzadi, 2004.

ÁLVAREZ GIMENO, R., "Acuerdo de implicación de los trabajadores en una sociedad anónima europea domiciliada en España", en *RdS*, núm. 30/2008, 1.

ÁLVAREZ GÓMEZ-PALLETE, J. M., "La libre circulación de mercancías: unión aduanera y política comercial", AAVV. Dir. ILLESCAS ORTIZ, R./MOREIRO GONZÁLEZ,

C.J., *Derecho Comunitario Económico. Las libertades fundamentales*, Vol. I, Madrid, Colex, 2001, págs. 19- 54.

**ANSÓN PEIRONCELY, P./GUTIÉRREZ DORRONSORO, C.**, *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*, Barcelona, Bosch, 2004.

**ARRIGO, G.**, "La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, núm. 52, pág. 13-29.

**AAVV. DIR. MORILLAS JARILLO, M.J.**, "Estudios sobre la Sociedad Anónima europea", *CDC*, núm. 47, Junio, 2007.

**AAVV. COORD. ARROYO I/ EMBID IRUJO, J.M.**, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Vols. I, II y III*, Madrid, Tecnos, 2001.

**AAVV. DIR. SÁNCHEZ CALERO, F.**, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo VII*, Madrid, Edersa, 1993.

**AA.VV. DIR. URÍA, R. / MENÉNDEZ, A.**, *Curso de Derecho Mercantil, Tomo I*, 2ª Cizur Menor, Thomson- Civitas, 2006.

**AA.VV. DIR. URÍA, R./MENÉNDEZ, A./OLIVENCIA, M.**, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Tomo III. Disposiciones Generales de la Ley de Sociedades Anónimas, artículos 1 a 6 LSA*, Cizur Menor, Thomson- Civitas, 2007.

**AA.VV. Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero**, Vols. I, II, III, IV y V, Madrid, Mac Graw Hill, 2002.

**AA.VV. COORD. PÉREZ CARRILLO, E.**, *Estudios de Derecho Mercantil Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

**AA.VV. COORD. VELASCO SAN PEDRO, L.A.**, *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 2005.

**AA.VV. DIR. ALONSO LEDESMA, C.**, *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006.

**AAVV. DIR. BOQUERA MATARREDONA, J.**, *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Cizur-Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.

**AAVV. VAN GERVEN, D. Y STORE, P.**, *The European Company, Vol. I.*, Cambridge University Press, Cambridge U.K., 2006, disponible en <http://www.cambridge.org>.

**AZOFRA, F.**, "El Informe Winter sobre modernización del Derecho Societario Europeo", *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, núm. 4/2003, Madrid, págs. 31-44.

**BALLARINO, T.**, "Le Direttive comunitarie sull'armonizzazione del Diritto delle società", AAVV., *Verso un diritto europeo delle società*, Instituto Internazionale per la promozione della cultura arbitrale, ISDACI, 1991, págs. 1-66.

**BAUMS, T.**, "Loi modèle européenne en droit des sociétés », *Rev. Sociétés*, nº 1/2008, págs.81-88.

**BRAUN, S.**, "Essay- The European Private Company: A supranacional Company Form for Small and Medium-sized Enterprises?", *German Law Journal*, Vol. 5, nº.11, 2004, disponible en <http://www.germanlawjournal.com>.

**BEHRENS, P.**, "Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenzen im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt", *ZGR*, 1994, págs. 1-25.

**BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P.**, "Responsabilidad de los miembros de los órganos de administración de la SE domiciliada en España: los artículos 52 y 335 del TRLSA", *Noticias de la Unión Europea*, nº 270, julio 2007, págs. 5-19.

**BENAVIDES Y SALAS, P.**, "La cooperación política europea", *Revista de documentación administrativa*, enero-marzo 1980, págs. 233-260.

**BLANCO MORALES LIMONES, P.**, *La transferencia internacional de la Sede Social*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

**BLANQUET, F.**, "Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europae SE). Ein gemeinschaftsinstrument für die grenzübergreifende Zusammenarbeit im Dienste der Unternehmen", *ZGR*, núm. 1, 2002, págs. 20 – 65.

**BOQUERA MATARREDONA, J.**, "Personalidad jurídica, inscripción, estatutos y publicidad registral de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España", en AAVV., Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Cizur-Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 97 a 123.

**BOQUERA MATARREDONA, J.**, "La transformación de la Sociedad Anónima española en Sociedad Anónima Europea y viceversa", AAVV. Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, págs. 229 a 255.

**BROSETA PONT M./ MARTÍNEZ SANZ, F.**, *Manual de Derecho Mercantil, Vol. I*, 12ª edición, Madrid, Tecnos, 2005.

**BUCHMANN, J.**, "La naturaleza política de la integración europea", *Revista de Documentación Europea*, Enero- marzo, 1980, págs. 31-63.

C. A.E. UIKEN VENEMA, "Coordination du droit des sociétés dans la CEE », *Rivista della Società*, 1966, págs. 995- 1011.

CALVO CARAVACA, A. L./ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª Edición, Madrid, Tecnos, 1995.

CALVO CARAVACA, A. L./FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARAA, L, *Libertad de establecimiento y Derecho de Sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Tecnos, 1998.

CALVO CARAVACA, A. L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea", *RdS*, núm.28, 2007, págs. 59-100.

CALVO CARAVACA, A.L./ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, Vol. I y II*, Granada, Comares, 2008.

CALVO CARAVACA, A. L. /CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Mercado Único y libre competencia en la Unión Europea*, Madrid, Ed. Colex, 2003.

CARDENAL CARRO, M., "La libre circulación de los futbolistas profesionales: diez consideraciones sobre la sentencia del caso Bosman", *Aranzadi Social*, Vol. I, 1996, págs. 2617- 2668, disponible en: [http:// www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)

CARRASCO PEREA, A., "Las cartas de Intenciones", AAVV. Dir. ÁLVAREZ ARJONA, J.M./CARRASCO PEREA, A., *Fusiones y Adquisiciones de empresas*, Cizur Menor, Gómez Acebo y Pombo Abogados- Thomson Aranzadi, 2004 págs. 88-143.

CASAS BAAMONDE, M.E., "La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferente modelos de implicación convenida)", AAVV. COORD. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 996-1069.

CASERO CASAS, E., "La aplicabilidad de las normas de derecho comunitario a la actividad deportiva. Algunos ejemplos relevantes", *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 24/2008-3, disponible en: <http://www.westlaw.es>, Ref. BIB. 2008/2210.

CHARNY, D., "Competition among jurisdiction in Formulating Corporate Law Rules: An American Perspective on the Race to the Bottom in the European Communities", *Harvard International Law Journal*, núm. 32, 1991, págs. 423 y ss.

CHAPUL, Y., "La proposition de création d'une société fermée européenne. La liberté d'établissement des sociétés dans l'Union Européenne", *Congreso sobre*

*las Pequeñas y Medianas Empresas y la Reforma del Derecho de Sociedades en la Unión Europea*, (Madrid, 4 y 5 de febrero de 2004), disponible en <http://www.creda.ccip.fr>.

COLINO MEDIAVILLA, J.L., "Personalidad jurídica", AAVV. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, págs. 903-905.

CONDE V. /ARMENGOL ORIOL, "An overview of Spanish M&A legislation", 2007, disponible en <http://www.legalmediagroup.com> (09.2008).

CORTÉS, L.J./PÉREZ TROYA, A., « El derecho de oposición de los acreedores a la fusión de sociedades (Art. 243 LSA) », AAVV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. V, Madrid, MacGrawHill, 2002, págs.4981-5026.

COURET, A., "Le PME dans les réformes des législations européennes. La société par actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée", *Congreso sobre las Pequeñas y Medianas Empresas y la Reforma del Derecho de Sociedades en la Unión Europea*, (Madrid, 4 y 5 de febrero de 2004), disponible en <http://www.creda.ccip.fr>. (consulta mayo 2008).

CRESPO MIEGIMOLLE, M., *Impuesto sobre Sociedades*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *El derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales a la luz de la doctrina sentada por la STS de 26 de mayo de 2005*, Cizur- Menor, Thomson- Aranzadi, 2006.

DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y Responsabilidades de los Administradores de Sociedades de Capital*, Cizur- Menor, Thomson- Aranzadi, 2004.

DEL VALLE GÁLVEZ, J.A., "La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia", AAVV., LÓPEZ ESCUDERO, M./MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario Material*, Madrid, MacGrawHill, 2000, págs. 41-63.

DRUESNE, G./KREMLIS, G., *La politique de concurrence de la CEE*. (Colección 'que sais-je?'), Paris, Presses Universitaires de France, 1990.

DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., "La Societas Europea: los caracteres, el significado y el acceso a este tipo comunitario", *Estudios Jurídicos*, I, Libro Conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna, La Laguna, 1993, pág. 241-285.

**DUQUE DOMÍNGUEZ, J.**, "El concepto de Grupo de Sociedades y su desarrollo en el Derecho Español", AAVV., *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Vol. V*, Madrid, Mc Graw Hill, 2002, págs.5303 a 5322.

**DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.**, "Procedimientos para constituir una SE", AAVV. Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea, Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 279- 294.

**ELVIRA, A.**, "La libertad de circulación y orden público en España", *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*, Barcelona, abril, 2008, disponible en: <http://www.indret.com>.

**EMBID IRUJO, J.M.**, "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (séptima y novena directivas) Capítulo XXXII", AAVV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. III, Madrid, Civitas, 1986, págs. 73-110.

**EMBID IRUJO, J.M.**, "La regulación de los grupos de sociedades en el Derecho comunitario", *GJ de la CEE*, 1987, págs.105- 129.

**EMBID IRUJO, J. M.** "Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (El proyecto de Novena Directiva)", *CDC*, junio, 1989, págs. 359 -417.

**EMBID IRUJO, J.M.**, "El contrato de constitución del grupo en el derecho español", *RdS*, núm. 15, 2000, págs. 57-78.

**EMBID IRUJO, J.M.**, "Comentario al artículo 238 LSA: información a los accionistas sobre la fusión", AAVV., Coord. ARROYO, I./EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Vol. III*, Madrid, Tecnos, 2001, págs. 2268 – 2278.

**EMBID IRUJO, J. M.**, "El contrato de constitución del grupo en el Derecho español", AAVV., *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero, Vol. V*, Madrid, Mac Graw Hill, 2002, págs. 5323 a 5355.

**EMBID IRUJO, J. M.**, "Evolución y perspectivas del Derecho de los grupos de sociedades en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, 2002, págs. 9-23.

**EMBID IRUJO, J. M.**, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades, Colección de Derecho Mercantil*, Granada, Comares, 2003.

**EMBID IRUJO, J.M.**, "Estudio Preliminar a la traducción de las Leyes de Sociedades Anónimas de la República Federal de Alemania, Francia e Italia", *Documentación Jurídica*, núm. 55.



EMBID IRUJO, J.M., "Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español", *RdS*, núm. 30, 2008, págs. 19-31.

EMBID IRUJO, J.M., "Balance y perspectivas de la armonización del Derecho de Sociedades en la Unión Europea", 'Dir. EMBID IRUJO, J.M. /ROQUE VITOLO, D. *El Derecho de Sociedades en un marco supranacional: Unión Europea y MERCOSUR*, Granada, 2007, págs. 15 y ss.

ESTEBAN RAMOS, L. M., *Los Acreedores Sociales ante los procesos de fusión y escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de protección*, Monografía asociada a núm. 28, *RdS*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007.

ESTEBAN VELASCO, G., "La estructura de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario (El proyecto modificado de Quinta Directiva)", *CDC*, núm. 5, junio 1989, págs.231 y ss.

ESTEBAN VELASCO, G., "Escritura de constitución de una agrupación de interés económico", *RdS*, núm. 12, 1999, págs. 261-278.

ESTEBAN VELASCO, G., "Sociedad Anónima Europea: la regulación de la participación de los trabajadores", *RDBB*, 1990, págs. 893-913.

ESTEBAN VELASCO, G., "El compromiso de Niza: Por fin la Sociedad Europea", *RdS*, núm. 16, 2001, págs. 141-162.

ESTEBAN VELASCO, G., "La sociedad cerrada europea, ¿figura complementaria o alternativa a la sociedad europea?", *RdS*, núm. 13, 1999, págs. 168 y ss.

ESTEBAN VELASCO, G., "La Sociedad Europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial", *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 8, 2003, págs. 213 - 249.

ESTEBAN VELASCO, G., "Administración y control. El sistema dual" en AAVV. Dir. ESTEBAN VELASCO, G. / FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 525 -590.

ESTEBAN VELASCO, G., "La implicación de los trabajadores Sociedad Anónima Europea en la Ley 31/2006 de transposición de la Directiva", *RDBB*, nº 105, enero- marzo 2007, págs. 180-194.

ESTEBAN VELASCO, G., "La representación de la sociedad frente a terceros. (Un estudio sobre la normativa del Proyecto de Estatuto S.E. en relación con el

reciente proceso de coordinación de las legislaciones europeas y la situación de Derecho español”, AAVV., Dir. GIRÓN TENA, J., *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la CEE*, Madrid, Facultad de Derecho de la UCM, 1978, págs. 235-334.

ESTEBAN VELASCO, G., “La participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?, AAVV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Vol. II*, Madrid, MacGrawHill, 2002, págs. 1677-1737.

ESTEBAN VELASCO, G., “Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: VI. Derechos de participación de los trabajadores en las fusiones transfronterizas intracomunitarias (disposición final tercera)”, *RdS*, núm.31, 2008, págs. 93-115.

FAJARDO GARCÍA, I. G., “Constitución por fusión de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España”, Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, págs. 139-192.

FARRANDO MIGUEL, I., “Una aproximación al buen gobierno de las Sociedades Anónimas abiertas”, *RdS*, núm. 26, 2006, págs. 157-202.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., “El futuro del Derecho de Sociedades en Europa: a propósito del estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, *Diario de La Ley*, núm 5465, 22 de enero de 2002, págs. 1-9.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. /GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Fundamentos de Derecho Mercantil, I. – Introducción y empresa. Derecho de Sociedades (Parte general. Sociedades de personas)*, 2ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Problemas actuales del Derecho de Sociedades”, *RDM*, nº 124, 1972, págs. 221-244.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª Edición, Madrid, Tecnos, 1995.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./ CALVO CARAVACA, A.L., *Derecho Mercantil Internacional. Estudios sobre el Derecho Comunitario y del Comercio Internacional*, Madrid, Tecnos, 1993.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “Problemas político-jurídicos de la armonización societaria desde la perspectiva de los ordenamientos nacionales”, en AAVV., *La Reforma del Derecho Español de Sociedades de Capital*, Madrid, Civitas, 1987, págs. 35-59.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios de las personas físicas en la Comunidad Europea", *Documentación Administrativa*, enero 1980, págs. 551-574.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Libertad de establecimiento y Derecho de Sociedades en la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Tecnos, 1988.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., "Problemas de política y técnica jurídica en Derecho de sociedades: un balance", AAVV., *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, Mc Graw Hill, 2002, págs.159-195.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Domicilio y "nacionalidad" de la SE. Traslado internacional de domicilio de la SE. La publicidad registral de la SE", AAVV. Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea, Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 119 -277.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "Grupos horizontales transfronterizos. Un primer estudio sobre las sociedades gemelas", *RDM*, núm. 235, págs. 147 a 177.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "El Derecho Internacional del Registro Mercantil y la publicidad registral de la Sociedad Anónima (Societas Europaea)", *RDM*, núm. 248, abril-junio, 2003, págs. 548 y ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., "Balance y perspectivas de los sistemas de determinación de la *lex societatis*", AAVV., *Derecho de Sociedades, Libro homenaje a Sánchez Calero*, vol. I., Madrid, Mc Graw Hill, 2002, págs 197- 214.

FERREIRO LAPATZA, J.J., *La nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

FERRANDO VILLALBA, M. L., "Sujetos que pueden participar en la constitución de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España", AAVV, Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, págs.53-66.

FUENTES NAHARRO, M., *Grupos de Sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007.

FUENTES NAHARRO, M., "Grupos de Sociedades", AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, págs.674-686.

FUERTES, M., *Grupos públicos de Sociedades*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

**GALÁN LÓPEZ, C.**, "Estatutos Sociales", AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 587-594.

**GALGANO, F.**, *Diritto Civile e Commerciale, Volume Terzo, L'impresa e le società. Tomo secondo. Le società di Capitali e le Cooperative*, Padova, CEDAM, 1990.

**GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A.** "Consideraciones en torno a la jurisprudencia del TJCE en materia de sociedades", *RDM*, 1991, págs. 732-793.

**GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J.A.**, "Consideraciones en torno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de Sociedades", *RDBB*, Estudios en homenaje a Evelio Verdura y Tuels, Madrid, 1994, págs. 935-978.

**GARCÍA CRUCES GONZÁLEZ, J. A.** "La armonización del Derecho de Sociedades en la jurisprudencia del TJCE", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 210, 2002, págs. 101-128.

**GARCÍA RIESTRA, M.**, "La Sociedad Anónima Europea", Serie de documentos de trabajo del Instituto de Estudios Europeos, núm. 4, 2002, págs. 7-18, disponible en <http://www.ceu.es/idee>.

**GARCÍA VILLAVERDE, R.**, "La constitución y el capital de las Sociedades en la CEE (Primera y segunda directrices)", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 5, junio 1989, págs. 31-153.

**GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.** "El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora", *RdS*, núm. 16, 2001, págs. 107 y ss.

**GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.**, "La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los comentarios", *REEL*, núm.1/2000, [www.reel.org](http://www.reel.org).

**GARCIMARTÍN ALFEREZ, J.F.**, "El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura", *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 217, 2002, págs. 7-38.

**GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.**, "La sentencia Überseering y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podría decir más alto, pero no más claro", *RDM*, 2003, págs. 663-682.

**GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.**, "Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital", *RdS*, núm. 25, 2005, págs. 435-445.

GAVALDA, CH., "La Sociedad Anónima Europea según el Proyecto de Reglamento de 25 de agosto de 1989", *Derecho de los Negocios*, núm.7, págs.11-16.

GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades. Tomo I*, Madrid, 1976.

GIRÓN TENA, J., *Tendencias actuales y reforma del derecho mercantil (estudios)*, Madrid, Civitas, 1986.

GIRÓN TENA, J., "El Derecho Español ante el Derecho Comunitario de Sociedades", en *Tratado de Derecho Comunitario europeo (Estudio sistemático desde el derecho español)*, Vol. III, AAVV., Dir. MUÑOZ MACHADO S./GONZÁLEZ CAMPOS, J.D./GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Madrid, Ed. Civitas, 1986. págs. 15-26.

GLEICHMANN, K./CATHALA, T., "Le statut des sociétés anonymes européennes selon la proposition de la Commission des Communautés européennes », *Rev. des sociétés*, 1972, págs. 7-72.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "La Sociedad Anónima Europea y el Registro Mercantil", en *Noticias de la Unión Europea, Monografías de Derecho Registral*, núm. 265, año XXIII, Febrero de 2007, págs. 89-100.

GONDRA ROMERO, J.M., "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional)", AAVV, Dir. GARCÍA DE ENTERRÍA, E/ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. / MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (estudio Sistemático del Derecho español)*, Vol. I, Madrid, Civitas 1986, págs. 275-312.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La libertad de circulación de trabajadores", AAVV. Dir. ILLESCAS ORTIZ, R./MOREIRO GONZÁLEZ, C., en *Derecho Comunitario Económico, Vol. I. Las libertades fundamentales*, Ed. Colex, Madrid, 2001, págs. 87-92.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, E./FRANCH FLUXÁ, J., "La transferencia de la residencia fiscal de las sociedades y libre establecimiento. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del TJCE y del Reglamento de la Societas Europaea", *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 17, 2005.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., "Capital autorizado", AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 282 - 286.

GORDILLO CAÑAS, A., "De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia", en AAVV., Dir. ALBADALEJO, M. / DÍAZ ALABART, S., *Comentarios al Código Civil y*

*Compilaciones Forales, Tomo I, Vol. I, Artículos 1-7 del Código Civil*, Madrid, Edersa, 1992, págs. 265-309.

**GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.**, "La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line", *Aranzadi Social*, 2007, Ref. Bib.2007/2899, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)

**GUGLIELMETTI, G.**, "Le Directive della CEE in material di società e l'interpretazione dell'art. 54.3 g del trattato", *Revista della Società*, 1966, págs. 1012-1022.

**GUERRA MARTÍN, G.**, "Capítulo III (Gobierno societario) del Informe del Grupo de Alto Nivel de expertos en derecho de sociedades sobre un marco normativo moderno para el Derecho de Sociedades en Europa. Informe Winter, Bruselas 4 de noviembre de 2002", *RdS*, núm. 20, 2003, págs. 275-291.

**GUERRA MARTÍN, G.**, "Comunicación de la Comisión Europea sobre Modernización del Derecho de Sociedades y Mejora del Gobierno Societario en la Unión Europea", *RdS* núm. 20, 2003, págs. 465-469.

**GUTIÉRREZ GILSANZ, J.**, "Escritura de constitución", AAVV., Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, IUSTEL, 2006, págs. 576-581.

**GUTIÉRREZ ESPADA, C.**, *El sistema institucional de las Comunidades Europeas. De los Tratados constitutivos y el Acta única al proyecto de Tratado sobre la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 1991.

**HALLET CHARRO, R.**, "Due Diligence", AAVV. Dir. ÁLVAREZ ARJONA, J.M./CARRASCO PERERA, A., *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Cizur Menor, Gómez Acebo y Pombo -Thomson -Aranzadi, 2004, págs. 145 - 202.

**HATZOPOULOS, V. / THIEN UYEN DO**, "The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005", *Common Market Law Review (CML Rew)*, núm.43, 2006, págs. 923-921.

**HALHUBER, H.**, "National doctrinal structures and European Company Law", *Common Market Law Review*, núm. 38, 2001, págs. 1385-1420.

**HERNANDO CEBRIÁ, L.**, "Aspectos sustantivos de la conformación estatutaria de la Sociedad Europea domiciliada en España", *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, núm. 692, Nov.-Dic. 2005, págs. 1817-1859.

**HIERRO ANIBARRO, S.**, "La Sociedad Limitada Nueva Empresa", Tomo XI, Vol.4º, en *Tratado de Derecho Mercantil*, Dir. OLIVENCIA, M./FERNÁNDEZ NOVOA, C./JIMÉNEZ DE PARGA, R., Madrid, Marcial Pons, 2006.

**HIERRO ANIBARRO, S.**, "El soft law comunitario del Proyecto Nueva Empresa. ¿Un nuevo instrumento de armonización del Derecho de Sociedades?", *RdS*, núm. 26, 2006, págs.133-167.

**HOMMELHOFF, P.** "Gesellschaftsrechtliche Fragen im Entwurf eines SE-Statuts", *AG*, núm. 10, 1990, págs. 422-435.

**HOMMELHOFF, P.**, "Einige Bermerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiefesellschaft", *AG*, 2001, págs. 271 y ss

**HOMMELHOFF, P. / TEICHMANN, CH.** "Die Europäische Aktiengesellschaft-das flaggschiff langt vom stapel", *SZW*, núm. 5, 2002, págs. 1 y ss.

**HOMMELHOFF, P.**, "The European Private Company before its pending legislative birth", *German Law Journal*, Vol. 9, nº.6, 2008, disponible en [www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com).

**HOOD, J.B.**, "The European Company Proposal", *Internacional and Comparative Law Quartely*, vol.22, July, 1973, págs. 434-461.

**HOPT, K.J.**, "Harmonisierung im europäischen Gesrllschaftsrecht – Status quo, Probleme, Perspktiven-", *ZGR*, 1992, págs. 265-295.

**HOPT, K.J.**, "Le droit des groupes de sociétés expériences allemandes, perspectives européennes", *Rev. de Sociétés*, 1987, págs 372- 390.

**ILLESCAS ORTIZ, R.**, *Derecho Comunitario Económico*, Vol. I. *Las Libertades Fundamentales*, Madrid, Ed. Colex, 2001.

**ISAAC, G.**, *Manual de Derecho Comunitario General*, 4º edición, Barcelona, Ariel, 1997.

**IGLESIAS CASSAIS, J.M.**, *No discriminación Fiscal y Derecho de Establecimiento en la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.

**KINGSTON, S.**, "A Light in the darkness: recent developments in the ECJ'S direct tax jurisprudence", *Commom Market Law Review*, núm. 44, 2007, págs. 1321-1359.

**KLAUS – DIETER BORCHART**, *El ABC del Derecho Comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de la Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2000.

**KNOBBE-KEUK, B.**, "Die steuerliche Behandlung der Eurpäischen Aktiengesellschaft", *AG*, núm. 10, 1990, págs. 435-441.

LARGO GIL, R., "La constitución de la Sociedad Anónima Europea (SE) (Las reestructuraciones intracomunitarias de sociedades)", *RdS*, núm 18, 2002, págs. 99-155.

LARGO GIL, R., "La modificación del proyecto de fusión por los socios", AAVV., *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid, MacGrawHill, 2002, págs. 5041-5081.

LARGO GIL, R., "La Sociedad anónima europea y el Estatuto de la Sociedad Cotizada", AAVV, Dir. RODRIGUEZ ARTIGAS, F./ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./QUIJANO GONZÁLEZ, J./ALONSO UREBA, A./VELASCO SAN PEDRO, L. /ESTEBAN VELASCO, G., *Derecho de las Sociedades Anónimas cotizadas*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, págs. 1577-1620.

LÁZARO SÁNCHEZ, E.J., «Comentario Art.252 y Art. 253 LSA», AAVV., Coord. ARROYO, I./EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol.III, Madrid, Tecnos, 2001, págs.2401- 2423.

LESGUILLONS, H., "La Société Européenne", en AA.VV., *Verso un Diritto Europeo delle Società*, Inst. Internazionale per la promozione della cultura arbitrale, ISDACI, 1991, págs. 147-166.

LECOURT, B., « Étude d'impact concernant le projet de 14<sup>a</sup> directive sur le transfert transcommunautaire de siège social (Impact assesment on the Directive on the cross-border transfer of registered office) », *Rev. des Sociétés*, nº 1/2008, págs. 198-202.

LENOIR, N., « Proquoi choisir le statut de société européenne ? » *Revue Lamy droit des Affaires*, núm. 17, junio 2007, págs. 74-86.

LEÓN SANZ, F. J. "El caso Marleasing S.A.", *RDM*, 1990, págs. 801-819.

LEÓN SANZ, F.J., "El objeto social" AAVV., Dir., ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 811 - 820.

LEÓN SANZ, F.J., "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: I. Transformación", *RdS*, núm.31, 2008, págs. 19-31.

LINDE PANIAGUA, E., "Guía práctica del Derecho de la Unión Europea. (Instrumentos para su estudio y aplicación)", 2<sup>o</sup> edición, Colex, Madrid, 2007.

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., "La influencia del Derecho Comunitario en la configuración del moderno derecho de sociedades. Apuntes sobre el concepto de



causa a propósito de la STJCE Centros”, en *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Vol.I*, Mac Graw Hill, Madrid, 2002, págs. 319-330.

LÓPEZ ESCUDERO, M., “La aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el derecho comunitario”, en *GJCEE*, D-19, enero 1993, págs.119-164,

LÓPEZ ESCUDERO, M., “La libertad de circulación de las mercancías” en AAVV. Cord. LÓPEZ ESCUDERO, M. /MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Derecho Comunitario Material*, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 2000, págs. 81-93.

LORA-TAMAYO VILLACEROS, M., “La constitución de la SE Holding, Filial y por Transformación”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 47, págs. 143-184.

LUJÁN ALCARAZ, J., “La Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores” en *Aranzadi Social*, núm. 1/2002, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)

LUTTER, M., “Concepciones, éxitos y tareas futuras de la armonización europea del derecho de sociedades”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 210, 2002, págs. 49 - 52.

LUTTER, M., “Genügen die vorgeschlagene Regelungen für eine Europäische Aktiengesellschaft?” *AG*, 1990, págs. 413 y ss.

LUTTER, M., “A European Contactual Group Company”, *Common Market Law Review*, 1972, págs. 53 - 72.

MACHADO PLAZAS, J., “Comentario al artículo 153 LSA”, AAVV. Coord. ARROYO I./EMBED IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, págs. 1591 a 1598

MANGAS MARTÍN, A. /LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones de Derecho de la Unión Europea*, 5ª Ed., Madrid, Tecnos, 2005.

MANJUCQ, M. “La Societé Européenne: Enfin L'aboutissement.” *Le Dalloz*, núm. 13, 2001.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTIN, F., “Proyecto de Ley para la Modernización del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada y lucha contra los abusos. (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GMBH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen-MoMiG), *RdS*, núm.28, 2007, págs. 457-480.

MARTÍNEZ – ECHEVARRIA/GARCÍA DUEÑAS, A., “La Sociedad Europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora”, AAVV. Dir. BENEYTO,

J.M./MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A., *El Espacio financiero único en la Unión Europea: Los Mercados de Valores*, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 135-240.

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS, A., *Código de Comercio Alemán y Ley de Introducción del Código de Comercio. Traducción al español y estudio preliminar*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

MARTÍNEZ SANZ, F., "Régimen interno y delegación de facultades en el Consejo de Administración de la sociedad anónima", *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Vol.II*, Madrid, McGraw Hill, 2002, págs. 1739-1770.

MARTÍNEZ SANZ, F., "Comentario Arts. 123 a 132", AAVV., Coord. ARROYO, I./EMBED IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Vol.II*, Madrid, Tecnos, 2001, págs.1283- 1385.

MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo. Estudio del Informe del Grupo Especial de trabajo sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas aprobado por la CNMV el 22 de mayo de 2006*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.

MATTERA, A., "De l'arrêt Dassonville à l'arrêt Keck: l'obscure clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions", *Revue du Marche Unique Europeen* 1/1994, págs. 117- 144.

MATTERA, A., "La libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté européenne », *Revue du Marche Unique Europeen*, 4/1993, págs. 47-109.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., "La Primera Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades y el Registro Mercantil Español", *RCDI*, 1990, págs. 393-419

MINERVINI, G., "Alcuni problemi connessi alla creazione di una società di tipo europeo", *Rivista della Società*, 1966. págs. 984-993.

MONEREO PÉREZ, J.L./FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A./ GARCÍA VALVERDE, M.D./ MALDONADO MOLINA, J.A., *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas. Estudio Sistemático y crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Cizur Menor, Aranzadi, 2007.

MORILLAS JARILLO, /GRECHENIG, K. "La Administración de la S. A. Europea en el Reglamento (CE) de 8 de Octubre de 2001. El sistema dualista

austriaco y alemán y la adaptación del Derecho Español." *Derecho de los Negocios*, núm 14, 2002.

**MORÓN PÉREZ, M.C.**, *Régimen tributario de la Transmisión de la Empresa*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

**MUÑOZ MARTÍN, N.**, "Comentarios a los artículos 147 LSA y 149 LSA", AAVV, Coord. ARROYO, I./ EMBID IRUJO, J.M., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Madrid, Tecnos, 2001, págs. 1566- 1576 y 1581-1585.

**NAVARRO LÉRIDA, M. S.**, "Sociedad Filial", AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 1154-1160.

**NAVARRO LÉRIDA, M.S.**, *El proceso de constitución de una Sociedad Europea Holding*, Monografía asociada *RdS*, núm. 31, 2008.

**NAVARRO LÉRIDA, M.S.**, "El control del cumplimiento de las condiciones de constitución de una SE-Holding. Comentario a la RDGRN de 22 de enero de 2008", *RdS*, núm. 30, 2008, págs. 467-482.

**OLAVARRÍA IGLESIA, J.**, "El capital social y las cuentas anuales de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España", en AAVV, Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, Cizur Menor, Thomson- Aranzadi, 2006, págs. 125-137.

**OLIVENCIA RUIZ, M. / NUÑEZ LOZANO, P.L.**, "Capital mínimo, nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima. Artículos 4 a 6 de la Ley de Sociedades Anónimas", AAVV. Dir. URÍA, R., MENÉNDEZ, A. / OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, Tomo III, Disposiciones generales de la Ley de Sociedades Anónimas, Vol. 1º A)*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2007, págs. 241-492.

**OPLUSTIL, K.**, "Selected problems concerning formation of a holding SE (Societas europaea)", *German Law Journal*, Vol.4, nº.2, 2003, disponible en [www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com).

**PAZ-ARES, C.**, "Capítulo 18. La Sociedad en general: Caracterización del contrato de sociedad", "Capítulo 19. La Sociedad en general: Elementos del contrato de sociedad" y "Capítulo 54. Uniones de Empresas y grupos de sociedades", AAVV. Dir. URÍA, R./ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*, 2º ed., Cizur Menor, Thomson- Civitas, 2006, págs. 469 – 529 y 1469-1495.

**PAULEAU, CH.**, *Incidencia del Derecho en la creación y el funcionamiento de las Joint Ventures. Análisis de la organización jurídica de las joint ventures en la Unión*

*Europea, con especial referencia a España*, -Tesis doctoral-, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, Departamento de Derecho, 2000.

**PALAO MORENO, G.**, *El traslado del Domicilio Social de la Sociedad Anónima Europea*, Cizur Menor, Thomson- Aranzadi, 2006.

**PEDRAJAS MORENO, A. /SALA FRANCO, T.**, "Comentarios a la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas", *Doctrina*, Ref. TOL.1.001. 360. [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), octubre 2006.

**PELLICER ZAMORA, R. C.**, "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea", AAVV, Dir. ILLESCAS ORTIZ, R./MOREIRO GONZÁLEZ, C. J. *Derecho Comunitario Económico (volumen I). Las libertades Fundamentales*, Madrid, Colex, 2001, págs.151-211.

**PÉREZ CARRILLO, E. F.**, *Estudios de Derecho mercantil Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

**PÉREZ DE LAS HERAS, B.**, *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004

**PÉREZ MILLA, J. J.**, *Fusión Internacional de Sociedades Anónimas en el Espacio Jurídico Europeo*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

**PESCATORE, P.**, «La estructura jurídica de las Comunidades Europeas », *Revista de Documentación Administrativa*, Enero-Marzo, 1980, págs.15-29.

**QUIJANO GONZÁLEZ, J.**, "El Estatuto Jurídico de la Sociedad Anónima Europea (perspectiva general y principales aspectos de sus régimen jurídico)" AAVV, Dir. PÉREZ CARRILLO, E.F., *Estudios de Derecho Mercantil Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 147-183.

**QUIJANO GONZÁLEZ, J.**, "La Sociedad Anónima Europea", AAVV., *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Vol. IV*, Madrid, Mac Graw Hill, 2002, págs. 4285-4339.

**RASNER, H.**, "Die Europäische Aktiengesellschaft (SE). Ist Sie Wünschenswert?" *ZGR*, 1992, págs. 314-326.

**RIPOLL SOLER, A.**, "La constitución de la Sociedad Anónima Europea mediante fusión", *CDC*, núm. 47, junio, 2007, págs. 99 -141.

**RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E.**, "La nueva Ley 19/2005 sobre Sociedad Anónima Europea y la modificación de la LSA", *Repertorio de Jurisprudencia* núm.

26/2005, Aranzadi, Pamplona, Ref.: Bib 2005/2465, [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es).

**RODRIGUEZ ARTIGAS, F.**, "Junta General", AAVV. Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 763-812.

**RODRIGUEZ ARTIGAS, F.**, "Junta general (competencia y clases), (constitución), (convocatoria)", AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 721-735.

**RODRIGUEZ ARTIGAS, F.**, "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: III. Escisión", *RdS*, núm.31, 2008, págs. 55-68.

**RODRIGUEZ ARTIGAS, F.**, "La delegación de facultades del Consejo de Administración de la sociedad anónima", *RdS*, 1993, pág. 91 y ss.

**RODRIGUEZ ARTIGAS, F.**, "El Reglamento de la Junta general y los derechos del accionista: planteamiento general", AA.VV. Dir. RODRIGUEZ ARTIGAS, F./ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./ QUIJANO GONZÁLEZ, J./ ALONSO UREBA, A./VELASCO SAN PEDRO, L./ESTEBAN VELASCO, G., *Derecho de las Sociedades Anónimas Cotizadas*, I, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 289-328.

**RODRIGUEZ DÍAZ, I.**, "El fenómeno de la adquisición derivativa de acciones propias. La Directiva 2006/68/CE modificadora de la segunda Directiva sobre el derecho de sociedades y su incidencia en el ordenamiento jurídico español", *RdS*, núm. 27, 2006-2, págs. 237-271.

**RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A.**, "Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las propuestas de Estatuto de Sociedad Anónima Europea y de Quinta Directiva", *Revista General de Derecho*, n.º 577-578, 1992, págs. 10177-10223.

**SACRISTÁN REPRESA, M.**, "Abuso de posición dominante", AAVV. Coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A., *Derecho Europeo de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2007, págs. 330-333.

**SAENGER, I.**, "Recent developments in European Company and Business Law", *Deakin Law Review*, volumen 10, núm.1, 2005, págs. 297-318.

**SAGASTI AURREKOETXEA, J.J.**, "La Constitución de la Societas europaea SE", *RdS*, núm. 19, 2002, págs. 115-157.

SANDERS, P., "Vers une société anonyme européenne?", *Rivista della Società*, Nov-dic. 1959. págs. 1163-1176.

SANDERS, P., "The European Company", *Journal of Business Law*, abril 1968, págs. 184-198.

SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. I, 28ª edición, Cizur Menor, Thomson- Aranzadi, 2005.

SÁNCHEZ CALERO, F. /SÁNCHEZ CALERO GUILLARTE, J., *Instituciones de Derecho mercantil*, Vol. I, 30ª edición, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.

SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., "Algunas cuestiones concursales relativas a los grupos de sociedades", publicado en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5 (2005), págs. 7 a 60, disponible en <http://www.ucm.es/info/mercantil>.

SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "Fiscalidad directa de las sociedades en la Unión Europea", *RdS*, núm. 19, 2002. págs. 381-338.

SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "La simplificación legislativa en la Unión Europea: modernización del Derecho de Sociedades", AAVV., *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal. Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, Tomo II*, Madrid, 2007, Marcial Pons, págs. 1243-1267.

SÁNCHEZ MIGUEL, M.C., "La simplificación legislativa en la Unión Europea: modernización del Derecho de Sociedades", AAVV., *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal; Libro Homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, Tomo II*, Madrid, Marcial Pons, 2007, págs. 1243- 1267.

SÁNCHEZ RUS, H., "La fusión transfronteriza de SA desde la perspectiva del Derecho Español", *RDM*, núm. 237, 2000, págs. 1.050 - ss.

SÁNCHEZ RUS, H., "Constitución de la SE por transformación de SA", en AAVV. Coord. ESTABAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L, *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 469 - 524.

SANCHO VILLA, D., "La dudosa compatibilidad con el derecho comunitario de la construcción del tribunal de justicia de la comunidad europea en la Sentencia Centros Ltd", *La Ley. Unión Europea* 1999, núm.4938, págs. 1-8.

SANCHO VILLA, D., "La teoría de la sede y el Derecho Comunitario: a propósito de la sentencia Centros", *REEI*, núm.2/2001, [www.reei.org](http://www.reei.org).

SANTOS LORENZO, S., "Las consecuencias de la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea", AAVV, Dir. ILLESCAS ORTIZ, R./MOREIRO

GONZÁLEZ, C. J., *Derecho Comunitario Económico (volumen I). Las libertades Fundamentales*, Madrid, Colex, 2001, págs. 55-86.

SEQUEIRA MARTÍN, A., "Sección 2º. Fusión (artículos 233 a 251)", en AAVV. DIRG. SÁNCHEZ CALERO, F., *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, Tomo VII, Transformación, Fusión y Escisión*, Madrid, Edersa, 1993, págs. 79 - 328.

SEQUEIRA MARTÍN, A., "La constitución mediante fusión de la sociedad anónima europea (SE)", AAVV. Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 295 - 384.

SEQUEIRA MARTÍN, A., "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: II. Fusión y fusiones transfronterizas intracomunitarias", *RdS*, núm.31, 2008, págs. 33-54.

SEQUEIRA MARTÍN, A., "Comentario al Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles: V. Traslado internacional del domicilio social", *RdS*, núm 31, 2008, págs. 83-91.

HERRERO SUÁREZ, C., "Control de las concentraciones de empresas", AAVV., Coord. VELASCO SAN PEDRO, L.A., *Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e intervenciones públicas)*, Valladolid, Lex Nova, 2005, págs. 437-480.

SPINDLER, G., "El Derecho Europeo de Sociedades después de Inspire Art y Golden Shares", *RdS*, núm. 23, 2004, págs. 65 - 80.

STEINBERGER, C., « Quels cadres juridiques ?. Quelles structures adaptées au développement des PME dans le Marché Européen ? » (Nos petites entreprises au seuil du XXI siècle. Quelles nouvelles réponses juridiques aux défis socio-économique ?) <http://3.ccip.fr/creda>

STOFFEL VALLOTTON, N., « La libre circulación de mercancías en la Comunidad Económica Europea », AAVV., *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989, págs. 367-394.

SYNVET, H., "Enfin La Société Européenne ? », *Revue Trimestrielle de droit européen*, núm. 2, 1990, págs. 253-273.

TAPIA HERMIDA, A. J., "Aspectos Jurídicos Mercantiles de la fusión transfronteriza de Sociedades Anónimas Cotizadas. Aspectos sobre un caso reciente desde la perspectiva del derecho español", *RdS*, núm. 12, 1999.

TAPIA HERMIDA, A. J., "Métodos de concentración transfronteriza intracomunitaria de sociedades cotizadas: fusiones, OPAS y otros métodos

alternativos. Las Directivas 2004/25/CE y 2005/56/CE”, *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, 2007/9, Marzo 2007, disponible en <http://www.ucm.es/infor/mercantil>

TEICHMANN, C., “The European Company – A Challenge to Academics, Legislatures and Practitioners”, *German Law Journal*, Vol.4, n.º. 4, 2003, disponible en <http://www.germanlawjournal.com>.

TORRENT, ARMANDO, “Reflexiones sobre el Gobierno Corporativo: la Comisión de nombramientos (apuntes críticos al proyecto de Código Conthe)”, *RdS*, núm. 26, 2006, págs. 219-256.

URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 16ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1989.

URÍA, R./MENÉNDEZ, A./ GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “La Sociedad Anónima: Fundación”, AAVV., Dir. URÍA, R./MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, I, segunda edición, Cizur Menor, Thomson- Civitas, 2006, págs. 827 - 847.

UTANDE SAN JUAN, J.M., “La Sociedad Anónima Europea y el Impuesto Sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 229, 2004, págs. 107 - 131.

VAQUERO LÓPEZ, C., “Comentario a la STJCE de 30 de septiembre de 2003, asunto G.167/01, Inspire Art. Ltd.”, *RdS*, núm. 22, 2004, págs. 283 y ss.

VARGAS VASSEROT, C., “El Derecho de Sociedades Comunitario y la Jurisprudencia de TJCE en la interpretación de las Directivas de Sociedades”, *RdS*, núm. 22, 2004, págs. 305-334.

VALDÉS DAL-RE, F., “La implicación de los trabajadores en la sociedad europea (evolución, marco general y disposiciones de referencia)”, AAVV, Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea: régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 1071-1110.

VALDÉS DAL-RE, F., “Los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: la legislación nacional”, *RdS*, núm. 29, 2008, págs. 207-232.

VALENZUELA GARACH, J., “La responsabilidad societaria del órgano de administración en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España: pérdidas patrimoniales, disolución y concurso (artículo 262. 5 LSA)”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 270, julio 2007, págs. 79- 89.

VASQUEZ, F., «La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva”, AAVV, Coord. ESTEBAN



VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea: Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 915-993.

VASSEUR, M., "Per una società di tipo europeo", *Rivista de Diritto Commerciale*, Vol. LXII, 1964, págs. 83-99.

VÁZQUEZ RUANO, T., "El traslado de domicilio social de la SE a otro Estado miembro de la UE. La necesaria tutela de los intereses y derechos colectivos afectados", *Noticias de la Unión Europea, Monográfico la Sociedad Anónima Europea*, núm. 270, 2007, págs. 91-99.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., "La integración de España en la Comunidad Europea. Consecuencias jurídicas en la Actividad comercial", *Revista de Estudios Europeos*, nº 6, 1993, págs. 85-97.

VELASCO SAN PEDRO, L. A./SÁNCHEZ FELIPE, "La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El estado de la cuestión después de la SAE", *RdS*, núm. 19, 2002, págs.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., "Características generales de la Sociedad Europea. Fuente de regulación, capital y denominación", AAVV, Coord. ESTEBAN VELASCO, G./FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 57-117.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., "Sociedad Anónima Europea: Una aproximación al sistema de fuentes", AAVV, Coord., PÉREZ CARRILLO, E.F., *Estudios de Derecho Mercantil Europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2005, págs. 129 -145.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., "La Reforma de la Asistencia financiera en Europa", AAVV, *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal, Libro homenaje al Profesor Rafael García Villaverde, Tomo III*, Madrid, Marcial Pons, 2007, págs. 1655-1681.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., "Domicilio", AAVV, Dir., ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 545-555.

VELASCO SAN PEDRO, L.A., "El Derecho Europeo de la Competencia", AAVV, Coord., VELASCO SAN PEDRO, L.A., *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 2005, págs. 39 -50.

VERDÚ CAÑETE, M. J., "Discordancia entre el domicilio y la administración central de la Sociedad Europea", *RdS*, núm. 28, 2007, págs. 217-229.

VICENT CHULIÁ, F., "Nuevas estrategias en el Derecho de Sociedades Europeo", *Revista de los Negocios*, núm. 76, 1997, págs. 14-27.

VICENT CHULIÁ, F., *Concentración y unión de empresas ante el Derecho Español*, Tesis Doctoral publicado por la Confederación española de Cajas de Ahorro, Madrid, 1971.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 18ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 20ª Ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, disponible en <http://www.tirantonline.com>

VICIANO PASTOR, J., "La Sociedad Anónima Europea como instrumento para el ejercicio de la libertad de empresa comunitaria. El sistema de fuentes de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España", AAVV, Dir. BOQUERA MATARREDONA, J., *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*", Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 29-52.

VIERA GONZÁLEZ, J., "Derecho de separación -SA y SRL-", en AAVV. Dir. ALONSO LEDESMA, C., *Diccionario de Derecho de Sociedades*, Madrid, Iustel, 2006, págs. 490-504.

ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE, J., "La integración económica en la C.E.E. y el acceso a la Sociedad Anónima Europea", AAVV, Dir. GIRÓN TENA, J., *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1978, págs. 31-60.

## LEGISLACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DE REFERENCIA.

### EUROPEA:

\* **Dictamen del Comité Económico y Social** sobre “El acceso de las PYMES a un estatuto de Derecho Europeo”. (2002/C 125/19). **DOCE 27.05.2002.**

\* **Libro Verde** sobre los servicios financieros al por menor en el mercado único. Presentado por la Comisión. COM (2007) 226 final. **Bruselas 30.04.2007.**

\* **Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.** Tratado de Ámsterdam 1997. DOCE 29.12.2006.

\* **Tratado de la Unión Europea (versión consolidada).** 12ª Edición actualizada a septiembre de 2006. Editorial, Tecnos. Madrid.

\* **Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. – Reexamen del proyecto SLIM (simplificación de la legislación en el Mercado Interior.** COM (2000) 104 final, Bruselas, 28.02.2000.

\* **Report of High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe.** Brussels, 4 November 2002. (Informe Winter).

[http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/better\\_regulation/simplification](http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/better_regulation/simplification)

(pág. consultada 18/06/07).

\* **Recomendaciones del grupo de Trabajo encargado de la simplificación del Derecho de Sociedades en el marco de la iniciativa SLIM relativas a la simplificación de las Directivas Primera y Segunda en el ámbito del Derecho de Sociedades.**(XV/6037/99-ES).

[http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/better\\_regulation/simplification](http://ec.europa.eu/enterprise/regulation/better_regulation/simplification)

(pág. consultada 18/06/07).

\* **Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre la Modernización del Derecho de Sociedades y mejora de la gobernanza**

**empresarial en la Unión Europea – Un plan para avanzar.** COM (2003) 284 final. Bruselas, 21.05.2003.

\* **Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación del Programa comunitario sobre la estrategia de Lisboa: una estrategia para la simplificación del marco regulador.** COM (2005) 535 final. Bruselas, 25.10.2005.

\* **97/344/CE: Recomendación de la Comisión de 22 de abril de 1997 sobre mejora y simplificación de las condiciones para la creación de empresas.** DOCE nº L 145 de 05.06.1997. págs. 29-51.

\* **94/1069/CE: Recomendación de la Comisión, de 7 de diciembre de 1994, sobre la transmisión de las pequeñas y mediana empresas** (Texto pertinente a efectos del EEE). DOCE nº L 385 de 31.12.1994. págs. 14-17.

\* **Resolución del Consejo de 8 de julio de 1996 sobre la simplificación legislativa y administrativa en el ámbito del mercado interior.** DOCE nº C 224 de 01.08.1996, págs. 5-6.

\* **Resolución del Consejo de 9 de diciembre de 1996 sobre aprovechamiento de todas las posibilidades que ofrecen las pequeñas y mediana empresas, incluidas las microempresas y las empresas artesanales, mediante un enfoque integrado, a fin de mejorar el entorno empresarial y estimular las medidas de ayuda a las empresas.** DOCE nº C 018 de 17.01.1997, pág. 1-5.

\* **Resolución legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Decisión relativa al Tercer Programa plurianual a favor de las pequeñas y medianas empresas (PYME) de la Unión Europea (1997-2000) (COM (96) 0098- C4-0232/96 – 96/0087/96(CNS)) (Procedimiento de Consulta).** DOCE nº C 320 de 28.10.1996, pág. 153.

\* **Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre Aplicación del Programa Comunitario sobre la estrategia de Lisboa: una estrategia para la simplificación del marco regulador.** COM (2005) 535 final. Bruselas, 25.10.2005

\* **Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. “Seguimiento de las Recomendaciones del Grupo Operativo sobre la Competitividad del Sector de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) e Incorporación de las TIC.** SEC (2007) 526, Bruselas, 19 de abril de 2007.

\* Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor en el mercado único. COM (2007) 226 final, Bruselas, 30.04.2007.

\* Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. COM (2004) 718 final, Bruselas, 22.10.2004.

• Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. D.O. nº L 254 de 30 de septiembre de 1994. p. 64-72.

• Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007.

#### **Documentos de trabajo de la SE:**

• Mercado Interior y cooperación industrial – Estatuto de la Sociedad Europea- Libro Blanco sobre el Mercado interior, punto 137. (Memorándum de la Comisión al Parlamento, al Consejo y a los interlocutores sociales). **COM (88) 320 final, Bruselas 15 de julio de 1988.**

• **Note du Gouvernement français sur la creation d’une société commerciale de type europeen.** Presentado ante la Comisión de la CEE el 15 de marzo de 1965. Rivista della Società 1966. págs. 1091-1094.

• **Mémorandum de la Commission de la Communauté européenne sur la création d’une société commerciale européenne.** Presentado ante la Comisión de la CEE el 22 de abril de 1966. Rivista della Società 1966. págs. 1095-1122.

• **Rapporto del Gruppo di lavoro intergovernativo per la società commerciale europea.** Presentado ante el Consejo de Ministros de la CEE el 26 de abril de 1967. Rivista della Società 1967. págs. 699-724.

• **Informe de la Comisión jurídica y de derechos de los ciudadanos del Parlamento Europeo, de 24 de febrero de 1989**, (PE 127.370/def. or. de. Document A2-405/88), sobre el Memorándum de la Comisión “Mercado interior y Cooperación industrial- Estatuto de la Sociedad Europea- Libro Blanco sobre el mercado interior, punto 137” (Com (88) 320- doc. C-2204/88).

• **Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Memorándum de la Comisión, “Mercado interior y cooperación industrial – Estatuto de la Sociedad Europea- Libro Blanco sobre el mercado interior, punto 137” (Doc. COM (88) 320 final). Bruselas, 24 de noviembre de 1988. CES 1233/88. SAR/ab.**

• Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Estatuto de la sociedad europea. DOCE nº C 129 de 27 de abril de 1998. <http://eur-lex.europa.eu>

• Dictamen del Comité Económico y Social sobre la “Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Europea, (doc. COM (89) 268 final – SYN 218 y sobre la “Propuesta de Directiva del Consejo por la que completa el Estatuto de la SE en lo relativo a la posición de los trabajadores” (doc. COM (89) 268 final – SYN 219), Bruselas, 28 de marzo de 1990, CES 379/90 – SYN 218/SYN 219.

• *Final Report of the Group of Experts of European Systems of Workers Involvement (with the regards to he European Company Statute and the other pending proporsal)*,  
Luxemburgo, 1997,  
[http://ec.europa.eu/employment\\_social/labour\\_law/docs/davignonreport\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/davignonreport_en.pdf).

#### **Sociedad Cooperativa Europea:**

- Reglamento (CE) Nº 1435/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE). DOCE L 270, de 18 de agosto de 2003.

- Directiva 2003/72/CE del Consejo de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. DOCE L 270, de 18 de agosto de 2003.

